This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

TOMO 89

ES PROPIEDAD
Quedan reservados
todos los derechos que marca
la ley.

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCI

FUNDADA POR

D. JOSÉ REUS Y GARCÍA

DIRECTOR

Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

AÑO CUADRAGÉSIMOCUARTO

TOMO 89

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de J. M. Sardá
Ronda de Atocha, número 15, centro.

1896

EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN

En el discurso inaugural de las tareas científicas y literarias del Ateneo de Madrid (1), se anunciaba para el presente curso una serie de conferencias encaminadas á «exponer la transformación que han sufrido en los últimos años aquellas ideas políticas que dirigieron la vida constitucional de España en el presente siglo».

Nos parece muy útil «este examen de conciencia de nuestro estado moral», en lo que se refiere á doctrinas políticas; si los resultados que arroje pueden mortificar la vanidad, denunciando nuestra holganza y lo poco que cultivamos y mejoramos la herencia paterna, también puede ser aliciente para que trabajemos en lo porvenir, y esclarezcamos los principios de la política, que permanecen oscuros y borrosos, aunque otra cosa opinen los optimistas (2). A procurar—según lo permiten nuestras escasas fuerzas y los fines de esta REVISTA—que el indicado examen sea cabal y concienzudo, va enderezado el presente artículo. Y como entre todos los problemas políticos descuella por su importancia y por el olvido en que se le tie-

(1) Discurso leído en el Ateneo Científico Literario de Madrid por el xcmo. Sr. D. Segismundo Moret. Madrid, 1895.

(2) Entre otros, Azcárate, que en su libro *El Régimen parlamentario en la práctica*, nos dice: «El problema político, aunque por constar de términos muy conocidos y discutidos, salvo ciertos perfiles y rectificaciones, cabría resolverlo sin graves dificultades...» Prólogo, pág. 8.ª

ne (1), el de *representación en el Estado*, vamos á exponer el concepto que ha formado del mismo la ciencia política española en los presentes tiempos; con tal estudio nos proporcionaremos un dato para comparar la sabiduría política de principio y fin de siglo. La materia es muy amplia, y nos limitaremos en este artículo á indicar los principios de una sola escuela, la liberal, armónica ú orgánica, y dentro de ella, á los autores de mayor peso y fama.

I

Ante todo, como *representación* y *representativo* son palabras equívocas y ambiguas, por admitir diversas y aun opuestas acepciones y sentidos, debemos comenzar aclarando la materia y fijando bien los términos, pues obrando de otra suerte, ni entenderíamos á los demás, ni sería posible entender lo que expongamos.

No hay para qué indicar aquellas acepciones metafóricas, impropias y totalmente inaplicables en materia política (2), y sólo nos fijaremos en tres que estimamos de mayor importancia, y que frecuentemente se emplean en la ciencia.

En primer lugar, se llama *representativo*, todo Poder que se posee por atribución directa ó indirecta de los demás, no como cualidad personal y propia, y que se ejerce buscando el bien de los que lo atribuyeron y no el de quien lo posee; á esta acepción aluden las frases «todos estamos representados en la Autoridad», «el Poder obra en representación de los súbditos» y otras análogas. Aplicada esta idea á la soberanía política, podemos afirmar que la *representación* implica dos condiciones,

(1) Puede decirse son hoy iguales lo uno á lo otro: lo mucho que se nombra la palabra está en relación con lo poco que se estudia y analiza la idea. Véase Orlando. *Fundamento jurídico de la representación política. Revue de Droit public et de la Science politique*, tomo 2.°, núm. 1.°

(2) Véase *Diccionario de la Academia Española*, 12.ª edición, 1884.

una de origen y otra de ejercicio: de origen, en cuanto el Estado, como persona social, obra *por* medio de órganos que lo representan; de ejercicio, en cuanto el Poder político obra *para* el bien de la sociedad á quien representa. No hay para qué decir, que la representación entendida de esta manera no ofrece cuestiones, pues se da y existe en toda concreción legítima de la soberanía; todos los Gobiernos, menos los patrimoniales y despóticos, aceptan dicho principio. A no existir más acepción que la indicada, nos veríamos imposibilitados para distinguir los Gobiernos representativos de los que no lo son, y dentro de los primeros, los Gobiernos más ó menos representativos.

En otra acepción se toma la palabra cuando se designan como representativos aquellos Gobiernos que permiten al ciudadano exponer, mostrar, suplicar, *representar* sus agravios ó necesidades, para que en cuanto pueda, las remedie el Soberano. Ya no es característica de la representación una condición de posesión ó ejercicio de la soberanía; antes bien, se fija en un derecho ó facultad del ciudadano que reconoce con amplitud y organiza con detenimiento: á esta idea responden las frases: «que los pueblos pueden y deben representar ante el Poder», «que el súbdito en sus representaciones pide tal ó cual cosa», etc.; y tipo de esta forma de gobierno son nuestras antiguas Cortes, en la opinión de aquellos para quienes sólo fueron Cuerpos peticionarios y consultivos. Tampoco debemos detenernos en esta segunda acepción de la palabra. El procurar que las autoridades conozcan las necesidades sociales, es deber de la autoridad y derecho del súbdito, «necesidad perenne y universal que, á través de la historia, ha encontrado diversos modos de ser satisfecha» (1); siempre ha existido y ha debido existir con independencia de las formas de gobierno, y aunque es condición de gran importancia, no puede servir para distinguir los Gobiernos representativos de los que no lo son, tal

(1) Schäffle, *Structura é vita del corpo sociale*, II, 718.

como se entienden los primeros en la ciencia contemporánea. Con razón dice el autor citado, que tales formas de expresión «no están de acuerdo con la representación, en el sentido moderno de la palabra».

Queda la tercera y última acepción, que entiende por Gobierno representativo aquella forma de organización que permite á los súbditos, pueblo y sociedad toda, el intervenir en el ejercicio de las funciones soberanas. Aquí, la representación no indica condición de origen ó de fin, sino de posesión y ejercicio; supone intervención mayor ó menor en la soberanía, y desde luego puede observarse que es la acepción moderna de la palabra, la acepción por antonomasia, la que nos puede servir para distinguir los Gobiernos en representativos y no representativos, la que debemos estudiar y analizar con detenimiento por la multitud de dificultades que presenta.

En efecto, la mera indicación de esta idea basta para comprender que es engañosa por su aparente sencillez. Afirmar que *representación* equivale á participación en la soberanía, es decir la verdad á medias, pues queda por averiguar el *por qué* de esta participación, y el *cuánto* de la misma; por ello, el problema ó cuestión que se indica con aquella palabra se descompone irremisiblemente en estos tres: 1.º, *razón* y *causa de la participación*, que puede ser, principio absoluto (soberanía nacional inmanente), en cuyo caso toda forma de soberanía ha de ser representativa para ser legítima, ó principio relativo (extensión territorial, número de población, moderación de autoridad, conveniencia del influjo popular, etc.), y por tanto, sólo debe exigirse en aquellos países que presenten estas circunstancias; 2.º, *participación en las funciones del Poder*: puede abarcarlos todos, y en todos exigirse (legislativo, ejecutivo, judicial y armónico), ó puede limitarse á alguno de ellos (legislativo), con exclusión ó preferencia de los demás, y esto por razón circunstancial ó por aptitud ó repugnancia intrínseca de cada Poder; y 3.º, *por la eficacia é intensidad de la participación*: también puede variar mucho, existiendo una serie de facultades

que por su desigual intensidad podemos graduar del modo siguiente: designación de quien la ejerza (sufragio), designación dando instrucciones (mandato imperativo), ejercitar directamente la función (jurado, *referendum*, etc.)

Esclarecida así la materia, veamos cómo conciben y cómo aplican el principio de representación los autores que pertenecen á la escuela indicada.

II

En cuanto á la razón ó fundamento de la representación en el Estado, están conformes los autores en sostener que es principio esencial, independiente de las circunstancias, y que debe exigirse en todo Gobierno legítimo y justo.

Giner de los Ríos (1) dice: «si la soberanía reside en el Estado, no puede transferirse en caso alguno á este ó aquel de sus miembros, ora sea un individuo, ora una ó más corporaciones consagradas á tal ó cual relación de la vida, ó especialmente instituídas para la del derecho. Antes por el contrario, jamás se despoja el todo social de su poder, inherente en él siempre, y no de una manera virtual, como se ha supuesto en ocasiones, sino *in actu*, en perenne ejercicio, etc.» Mas adelante afirma la inmanencia eficaz de la soberanía; niega, no ya el poder exclusivo del monarca, sino su paralelismo con el pueblo, y concluye que la representación del Estado en sus órganos especiales (magistraturas) tiene una base esencial y permanente. Azcárate defiende la misma doctrina en sus obras, pudiendo citar, entre otros pasajes, aquellos en que sostiene (2) que el sistema parlamentario «es el único régimen justo y conveniente para el Estado», y que la representación «no ha nacido de la imposibilidad de que un pueblo numeroso y desparramado por una extensa superficie se constituya todo él en Asamblea»; antes

(1) *Estudios jurídicos y políticos.* «La soberanía política», 217 y sigs.

(2) *El Régimen parlamentario en la práctica*, pág. 250 y sigs.

bien, se funda en la naturaleza del Estado, que como persona social, debe obrar por representantes, y en que el derecho, como los restantes fines de la vida, es á la vez objeto de actividad general para todos y asunto de especial profesión para algunos. Posada (1) vierte las mismas ideas cuando escribe «que la soberanía, como atributo del Estado, implica la idea de que se considere como copartícipes de ella á todos los elementos vivos y racionales que lo constituyen», «y que el Estado, en cuanto complejo organismo colectivo, obra por sus miembros, que tienen por esto el carácter de representantes»; y en las mismas fuentes bebió Santamaría (2), al exponer «que la idea de representación surge desde el momento en que se considera la necesidad que tienen las personas sociales de ejercer funciones más ó menos relacionadas con la vida material», «que la representación en sí misma es necesaria», que es condición precisa para la legitimidad de la soberanía, «que las personas que la ejerzan reconozcan que todos los Poderes radican en la Nación, cuya soberanía no puede ser patrimonio de nadie» y que es ilegítima la Monarquía pura ó absoluta, «porque no reconoce este principio».

Aunque nuestro propósito sea exponer y no criticar, vamos á sentar algunas observaciones sobre la doctrina expuesta. Resaltan en ella como ideas capitales, que la intervención popular por representación es condición precisa de todo Gobierno; que los no representativos son del todo ilegítimos; que esta representación debe darse en todos, con independencia absoluta de toda circunstancia, y que la concreción de la soberanía, en lo más fundamental de la misma, no es cuestión relativa, sino absoluta. Y muy pronto se manifiesta la gravedad de estas doctrinas, en cuanto se declaran ilegítimos tantos Gobiernos pasados y presentes, y la precipitación con que se establece dicha ilegitimidad sin asentarla en sólidos cimientos. Que el

(1) *Tratado de derecho político*, t. 1.°, pág. 297 y sigs.

(2) *Curso de Derecho político*.

Estado, en cuanto persona social, obra por órganos, prueba la necesidad de la autoridad, no de una determinada autoridad; que la soberanía no puede transferirse, porque rompe la unidad del Estado (Giner), ó porque siendo actividad del Estado, no puede quedar este ser inactivo ó muerto (Santamaría), es afirmación insostenible, porque si la autoridad se transfiere á una persona ó corporación, ésta es parte del Estado (1), y peligrosa, porque impide reconocer la legitimidad de ciertas autoridades (Gobernadores, Jueces, y en especial, todas las militares), en las que el súbdito no interviene para nada; que la representación no depende de circunstancias particulares, es cerrar los ojos á la luz y á las enseñanzas de la historia, pues ella nos dice que no rigió siempre el mismo principio, ni los pueblos lo aceptaron por igual, que las circunstancias retrasan ó facilitan su planteamiento; y en cuanto á su necesidad y permanencia, ¿quién examinando lo presente, inestable, inseguro, contradictorio y contradicho, dejará de calificarlo como régimen provisional y transitorio? ¿quién no presiente futuras mudanzas?

III

Establecida con el carácter de necesaria la coparticipación en la soberanía, veamos cómo la extiende la escuela á todas las funciones en que aquélla se diversifica y manifiesta; también en este punto encontramos perfecta concordancia de opiniones.

Si la soberanía es inmanente é intransferible, resulta lógico y necesario que se manifieste actuando en todos los Pode-

---

1) Posada prevé esta objeción y la contesta diciendo: «que la actividad representante no es suya, sino del Estado, como sucede en nuestro cuer- en el cual, la actividad de un órgano no es suya, sino de todo el cuerpo»; que no prevé, ni resuelve, es la contradicción entre esta idea y la de so- ania popular, plena, total, *in actu*, etc., etc. Ya lo veremos más adelante.

res: según Giner (1), en todos participa el pueblo más ó menos directamente; para Azcárate (2), «si el Poder se diversifica constituyendo una variedad de poderes y funciones, es evidente que la sociedad tiene derecho á intervenir directa é indirectamente, no en éste ó en aquél, sino en todos ellos, puesto que debe influir en cuanto al derecho hace relación»: la misma doctrina establece Posada (3); y en cuanto á Santamaría, léase lo que escribe (4): «aunque de ordinario se habla de representación refiriéndose al Poder legislativo, no hay cargo ni magistratura del Estado que deje de fundarse en la designación expresa ó tácita, directa ó indirecta, pues de otra suerte sería completamente ilusorio el principio de la soberanía». Plena confirmación de estos principios encontramos en las obras de los escritores citados al tratar de organizar cada Poder; pues en el legislativo participa el pueblo por medio de la costumbre y el sufragio; en el ejecutivo por la designación directa é indirecta de los funcionarios, y por el ejercicio de la función en juntas especiales; en el judicial, ya con designación de Jueces y Tribunales, ya con ejercicio directo con el Jurado; y, por último, en el moderador, con la designación en algunos casos, y con la opinión pública en los demás, fuerza impulsora y directora de todos los Poderes.

Nada tenemos que observar en este punto; en cuanto á lo fundamental, ténganse por repetidas las observaciones anteriores; en lo referente á la diversa intensidad del principio de representación en cada uno de los Poderes del Estado, diversidad que se traduce en desigualdad de facultades en el ejercicio de los mismos, es punto de vista que analizaremos y criticaremos en el párrafo siguiente.

---

(1) *Principios de derecho natural.*

(2) *El Self Government y la Monarquía doctrinaria.*

(3) Ob. cit.

(4) Ob. cit.

IV

Todo el Estado participa de la soberanía en sí y en sus poderes; pero ¿cómo y en qué forma? ¿designará la persona que la ejerza? ¿podrá darle instrucciones? ¿le será lícito en algún caso ejercitarla sin intermediario, directamente?

Giner de los Ríos (1) comienza afirmando «que la actividad del Estado se desenvuelve en dos fórmas, la espontánea y la reflexiva. Mediante la primera, expresa directamente por sus hechos el peculiar sentido en que concibe y realiza el derecho sin darse de ello cuenta, ni acertar, por tanto, á distinguir de lo que es esencial á su espíritu jurídico, los elementos accidentales incorporados á él, merced á circunstancias desfavorables que lo vician, oscurecen y perturban en su sano desarrollo»; con ella la vida del Estado queda expuesta «á absorber con la misma docilidad el veneno que la corrompe y el alimento que la nutre y fortifica, y á seguir la dirección con que la fuerza á torcer su corriente el primer obstáculo que halla en su camino». Por la forma reflexiva, «el Estado vuelve sobre sí, recoge con solícito interés las vagas aspiraciones que se agitan en su seno, aclara en aquellos movimientos instintivos lo sano y esencial, los condensa y los rectifica según principios maduramente discutidos».

Planteada así la cuestión, faltaba señalar, en materia de soberanía, cuándo ejercita el Estado la acción espontánea y cuándo la reflexiva. Respecto á la primera, y para «precaver la abdicación de la soberanía en las autoridades oficiales», nos muestra el ejemplo de Inglaterra, donde (2) «no se considera la Nación, en la prática real de las cosas, como la base inerte de donde reciban su investidura los Poderes oficiales, en cu-

(1) Ob. cit., *La soberanía política*, pág. 220.

(2) Obra citada, pág. 111 y siguientes.

yos órganos se encarna inmediatamente la soberanía, que sólo se ejerce por su medio, sino como la suprema potestad que rige y determina á todas las restantes; no tiene autoridad meramente *in potentia*, sino actual y efectiva; ni aun siquiera intermitente, sino constante; no es el *anima vilis*, á quien toca sólo callar y obedecer á sus elegidos, sino el motor enérgico y activo que vela y *gobierna* sobre los poderes particulares, meros agentes y ministros suyos»: para ejercitar la segunda ó, sea la reflexiva, «pide el organismo del Estado la formación de autoridades especiales para cada función particular». «Estado dentro del Estado», cuya misión consiste «en condensar las aspiraciones de la sociedad á que sirve, en recibir su impulso, en dirigirlo sin violencia, moderarlo sin dislocación, corregirlo y educarlo suavemente, abriendo nuevos horizontes á su actividad vital, y acrecentando de día en día el imperio de la reflexión sobre el del instinto y el de la libertad sobre el hábito». De aquí surge la distinción entre Estado oficial y no oficial, «mera distinción, no disolución de la unidad del Estado»; Estados «que no difieren entre sí (1) por el número ó naturaleza de sus funciones, sino puramente en la forma artística de su actividad»; pues ni la autoridad puede obrar directamente y sin órganos, ni se puede negar la autoridad sustantiva de las magistraturas populares, según afirmó ya Donoso».

Tal es la doctrina que sustancial y aun literalmente reproducen Azcárate, Posada y Santamaría, en las obras citadas, y que andan en manos de todos.

Quedan aún por saber cómo estos principios se aplican en la práctica á cada uno de los Poderes del Estado; y esto se verifica, según la escuela, por las diversas modalidades y formas de que es susceptible la representación; Giner las indica, y los autores citados, y en especial Santamaría, Posada y Costa (2),

(1) *Principios del Derecho natural*, pág. 195.

(2) *Teoría del hecho jurídico individual social*, § 14.

las desarrollan y distinguen. Hay representación necesaria y voluntaria, directa é indirecta, expresa y tácita, espontánea y reflexiva; surge unas veces por necesidad de las cosas, depende en otras de la voluntad; aquí se manifiesta con palabras y allá con hechos; en un caso se designa la persona, en otros á través de varias, por lo cual se dan grados: todo es permitido y lícito, menos el directo ejercicio del poder, principio incompatible con la sustantividad de las funciones soberanas; la delegación suprime y anula toda representación. El mismo principio anima y vivifica todos los Poderes, la representación; pero se verifica en forma espontánea (costumbre) é indirecta expresa (sufragio), en el legislativo; indirecta (designación, elección) y directa plena (juntas municipales) en el ejecutivo; con las mismas formas y modos en el judicial; é indirectamente, y aun de un modo tácito y por hechos, en el moderador.

Hasta aquí la doctrina que, examinada sin pasión y con el debido detenimiento, presenta á nuestro juicio insolubles contradicciones.

En los comienzos, reconoce la existencia de dos fuerzas contrarias, y que en dirección opuesta pueden obrar sobre un mismo objeto: son la soberanía del Estado no oficial y la del oficial; aquélla perenne y activa, ésta sustativa é independiente; allí no se permite que las magistraturas sean soberanas, y aquí que se prive de su libertad á las magistraturas. Ahora bien: no siendo posible repartir las facultades «porque no difieren en el número de las mismas», en caso de conflicto, ¿quién vence á quién? O de otro modo y empleando las frases de la escuela: si el Estado, con su acción *espontánea*, elige «el veneno que mata y no el alimento que fortifica», ¿podrá la autoridad, con su acción *reflexiva*, moderar y aun contrariar este ovimiento, ya con dislocaciones, ya sin ellas? No se resuelve ta cuestión alegando el inmenso *poder moral* de la opinión, la necesidad de que el todo social coopere y no resista los impulsos del gobernante, pues son condiciones de todo Gobierno, o de uno solo; y todavía se adelanta menos diciendo, con Po-

sada, que en cuanto el gobernante se divorcia del país, pierde la representación que tiene y se presentan los trastornos políticos y la revolución, pues ésta constituye ese remedio tan expedito como doloroso, y es aplicable á todos los Gobiernos pasados, presentes y futuros.

Nótase, en segundo término, cómo esta doctrina, al aplicar el principio de representación á las funciones soberanas, no establece diversas formas de representación, sino representaciones opuestas y diferentes; la identidad de la palabra oculta la profunda diversidad de las ideas. Se llama representación que el pueblo *legisle* por la costumbre, *designe* el individuo que gobierne y *consienta* y *obedezca* á gran número de autoridades respecto de las cuales sólo puede intervenir prestando obediencia; y merece por igual el nombre de representativo el poder que el pueblo ejercita, aquel otro que no ejerce, pero designa quién lo haga, y por fin, un tercero, en el que ni ejerce ni designa. Transición tan radical, inspirada en una misma idea y cobijada con la misma palabra, queda al aire y sin justificante alguno, y lo que es más grave, está en pugna con el principio de que el Gobierno representativo es el único legítimo y justo; pues si se presenta ante la escuela la monarquía pura y absoluta, alegando que es representativa porque los pueblos la eligieron ó porque con sus hechos y su silencio la aceptaron, ¿en qué razón iban á fundarse para rechazarla?

Ultimamente, adopta la teoría que exponemos una actitud hostil hacia todo lo que sea régimen directo, que ni se comprende ni se explica á no ser por el ciego instinto de conservación. Anatematizar las antiguas teorías porque transferían el poder; colocar en las nubes las modernas porque lo radican en todo el Estado; y á renglón seguido decir á esta tendencia «de aquí no pasarás», desechando por absurdas, irracionales é ilegítimas, instituciones como el mandato imperativo y el *referendum*, «desenvolvimiento, este último, de la soberanía nacional», «nueva evolución de la democracia moderna», «consecuencia lógica del espíritu democrático y evolución del sistema

representativo, por haber nacido en su misma raíz», (1), es posición insostenible. Entre la soberanía transferida y la soberanía delegada, aparece la representación como un simple término medio; y cuando á los poderosos argumentos de los campos opuestos presenta la escuela razones tan contradictorias, como soberanía inmanente y valor sustantivo de las magistraturas, soberanía *in actu* y representación necesaria de ciertas funciones, hacer artístico y hacer reflexivo, acuden á la mente todas aquellas críticas de que tan poco avara se mostró la teoría orgánica al combatir con la doctrinaria.

V

Queda sumariamente expuesto el concepto del principio de representación, según la escuela liberal-armónica española, y con ello, expedito el camino para realizar en este punto el examen de conciencia indicado. Tales ideas constituyen el *Haber;* pónganse como *Debe* las ideas políticas de principios de siglo, bastando para ello el discurso preliminar de la Constitución de 1812, y el *Saldo,* en contra ó á su favor, no será muy difícil deducirlo al lector entendido y discreto.

JESÚS SÁNCHEZ DIEZMA.

(1) Moret, discurso citado.

LOS DERECHOS SOBRE LA PERSONA PROPIA *

III

Sumario.—Naturaleza del *jus in se ipsum*.—La doctrina antigua de los derechos innatos y adquiridos.—Refutación.—Fundamento común de ambos.—La personalidad jurídica.—La teoría de los derechos inalienables y enajenables.—Límites del *jus in se ipsum*.—Intereses sociales.—Derecho social.—Derechos privados.

45. Tenemos ya determinado el contenido del *jus in se ipsum*, y eliminadas las principales objeciones que se hacen antes de admitirle (1).

Debemos ahora estudiar la naturaleza de este derecho, para saber si se le debe agregar á los derechos llamados innatos ó á los adquiridos.

46. Esta cuestión tiene para nosotros importancia capital, porque se resuelve con ella si el *jus in se ipsum* puede ser alguna vez suprimido ó limitado, y si el individuo puede renunciarle.

Según la tradicional distinción de los filósofos, es *innato* y *esencial* aquel derecho que, emanando inmediatamente de la naturaleza física y biológica, es necesario, inmutable, inalie-

---

(*) Véase la pág. 514 del tomo 88 de la Revista.

(1) De la objeción que se refiere al derecho al suicidio, como consecuencia del derecho sobre la persona propia, me ocuparé en la parte especial, donde será más oportuna.

nable, irrenunciable; mientras que mudable, potestativo y abdicable es el derecho *adquirido* (1).

Afirma, además, esta teoría que todos los derechos innatos se resumen en el derecho á la vida, que comprende el derecho á la integridad personal, á la legítima defensa, á la vida moral, á la libertad, á la igualdad en la ley, á la sociabilidad, á la asistencia y al trabajo (2).

El derecho sobre la persona propia, que comprende precisamente el derecho á la vida física y moral, ¿será entonces un derecho innato?

47. Entiendo que la distinción de los derechos en innatos y adquiridos, por antigua y universalmente aceptada que sea, no es fundada.

Esta afirmación, tan decidida y categórica, al oponerse á las ideas seguidas por la mayoría de los jurisconsultos, encontrará muchas objeciones. Pero las razones que me deciden á sostenerla, me parecen fuertes; además, es menester no olvidar que muchos de aquéllos han aceptado la antigua distinción, más que por convicción, inconscientemente y por la costumbre de tener por cierto lo que así reputa la mayoría.

No es posible negar, sin embargo, que esta distinción tradicional ha tenido el gran mérito de oponerse á la teoría del antiguo derecho, según la cual, la personalidad humana era una creación de la ley positiva y los derechos emanaciones, concesiones del legislador; pero como teoría científica es imperfecta.

48. A los que admiten una distinción precisa y exacta en-

(1) Puede verse una brillante exposición de esta teoría en la obra de Cavagnari *Corso moderno di filosofia del diritto* (Padua), págs. 154 y siguientes. Véanse, además: Miraglia, *Sommari di filosofia del diritto* (Nápoles, 1880), páas 36 y siguientes; Ahrens, *Corso di diritto naturale* (trad. Trinchera, Náes, 1841), págs. 92 y 94; Lioy, *Della filosofia del diritto*, vol. II, 3.ª ed. (Floncia, 1888), págs. 4-6; Taparelli, *Saggio teoretico di diritto naturale* (Roma, 5, vol. I, núm. 349, pág. 225).

(2) Miraglia, obra citada, págs. 41 48.

tre los derechos innatos de número limitado y los adquiridos, cuyo número es cada día mayor, se les debe hacer observar:

1.° Que todas las personas de remotos tiempos carecían de algunos de los derechos *innatos* que se enuncian.

2.° Que no se puede afirmar que el número de los derechos innatos es invariable y que los adquiridos no puedan convertirse en innatos en lo porvenir (1).

A todos los partidarios de esta bifurcación que criticamos se puede preguntar también cuál es el criterio seguro para distinguir los derechos innatos y los derechos adquiridos.

Se nos dice que los primeros se fundan inmediatamente en la naturaleza abstracta y común de los hombres, y los segundos en la concreta é individual de cada uno, en la voluntad humana; que los primeros, en fin, son las fuerzas elementales que los segundos desarrollan.

Se admite, pues, que los derechos adquiridos no son otra cosa que el producto de la actividad humana, la exteriorización de los derechos naturales. Pero ¿cómo determinar, si así es, el punto en que acaba la naturaleza y empieza la actividad humana?

49. Se contestará acaso que los derechos adquiridos no pueden reputarse como una categoría derivada de la de los innatos, conforme quería la escuela del derecho natural, y aun añadir que los derechos adquiridos, no sólo tienen un origen propio, sino más elevado aun que los innatos, porque la voluntad y el entendimiento son seguramente superiores á los sentidos y á la naturaleza en que descansan aquellos otros que no suponen el ejercicio de tan altas facultades, como los adquiridos intervienen, en los cuales el hombre obra como ser voluntario y racional (2).

Esta argumentación no resuelve el problema. ¿Cómo se lle-

---

(1) Esta misma observación ha hecho Ratto, *Sociología e filosofía del diritto* (Turin, 1894), pág. 187.

(2) Cavagnari, obra citada, págs. 154-155.

ga y encuentra el pretendido origen distinto de los derechos adquiridos? Si el criterio para determinarle es el de acto voluntario del hombre contrapuesto á su naturaleza física, ¿dónde acaba la naturaleza y comienza la actividad humana? Como se ve, nos hallamos en el mismo punto.

50. Contra la antigua teoría de que nos ocupamos se han alzado ya voces muy autorizadas.

Carle (1), combatiendo valientemente la distinción, dice que los derechos innatos, como los adquiridos, se deben referir todos á la *humana actividad jurídica*, en la cual hace consistir la potestad del hombre que se llama derecho. La diferencia queda reducida, según él, á que los derechos innatos son la *actividad jurídica in potentia*, y los adquiridos, la misma actividad *in actu*. Así, pues, no es posible dividirlos ni distinguirlos, porque la *actividad potencial* del hombre tiende á convertirse en acto, y á su vez toda acción humana en tanto puede originar un derecho particular y adquirido en cuanto parte de la actividad jurídica humana obrando en conformidad con la ley.

51. Después de Carle, atacó Ferri la distinción (2). Observa Ferri, que si se atiende al momento causal y de origen, es cierto que hay derechos cuyas manifestaciones empiezan con la vida misma del hombre, mientras las de otros dependen de un hecho posterior, individual ó social; pero esto no impide que también por su parte los llamados derechos adquiridos tengan su raíz y génesis en la naturaleza misma del hombre, siendo, por consiguiente, innatos también en este aspecto. Por otra parte, añade, los derechos llamados innatos no tienen vida más que cuando la sociedad los reconoce. Se puede decir que el derecho de libertad personal era innato en los hombres, aun cuando una sociedad determinada hubiese establecido la esclavitud de hecho y de derecho; sin embargo, este derecho,

(1) *Prospetto d'un insegnamento della filosofia del diritto*, parte general, números 306 y 307 (Turin, 1874).

(2) *L' Omicidio-Suicidio*, págs. 16-17.

innato como otros más, no fué derecho hasta que, habiendo llegado el individuo á una determinada fase de su evolución, tuvo fuerzas suficientes para hacerle valer, y la sociedad se vió obligada á reconocerle y sancionarle. Resulta, en fin, que todos los derechos son innatos en cierto sentido y adquiridos en otro; la distinción, pues, es meramente relativa y provisional, y aplicable tan sólo á ciertas modalidades jurídicas.

52. Pues, ¿cuál es entonces el fundamento común de los derechos innatos y adquiridos?

Según Carle, la *actividad jurídica humana*.

Pero yo entiendo que, tanto los derechos innatos como los adquiridos, deben referirse al gran principio de la personalidad jurídica, que, sin constituir un derecho especial, es el origen inmediato de todos los derechos y deberes.

La personalidad, concebida como capacidad jurídica de querer, reconocida por la ley, es el fundamento de todos los derechos que surgen de las relaciones humanas.

Ocioso es hablar de derechos derivados de la naturaleza humana ó fundados en ella en contraposición de derechos que nacen de un acto del hombre.

Ni la naturaleza humana ni el mero hecho de un hombre son elementos capaces por sí solos de engendrar derechos. No puede existir uno de éstos sin una entidad dotada de la facultad de querer, y sin qué la ley reconozca esta capacidad.

Es, pues, imposible un derecho que no se funde en la ley que le reconoce.

53. Por lo demás, la teoría de los derechos innatos es una consecuencia de la antigua y desacreditada doctrina que consideraba al derecho como algo absoluto é inmutable.

Admitieron los filósofos la posibilidad de un conjunto de leyes absolutas, es decir, verdaderas en cualquier tiempo y lugar, y, abstrayéndose de la realidad del mundo real, hicieron con ellas el *Derecho Natural* (1).

---

(1) Véase Vaccaro: *I presupposti di dir. penale classico (Archivio Giuridico,*

Esta teoría cede ante la fuerza contraria de las nuevas ideas, en que el derecho se aplica como un producto natural, relativo y mudable en el tiempo y en el espacio, de igual modo que todos los fenómenos intelectuales y morales de la vida social. Miraglia mismo, que cree en la existencia de los derechos innatos, se ve obligado por la historia á reparar que no siempre estos derechos se tuvieron por atributos de la persona; antes bien, durante muchos siglos todos han sido derechos adquiridos; sabido es que hubo un tiempo en que no todos los hombres nacían personas, y en que los que lo eran, la perdían y recobraban como cualquier otro objeto jurídico (1).

¿No es la más grave sentencia en contra de la teoría de los derechos innatos y adquiridos, esta confesión, según la cual, la base de todos los derechos, cualquiera que sea su naturaleza, no puede ser otra que la personalidad jurídica en que se presupone el reconocimiento del derecho hecho por la ley?

54. Sentado que no existen diferencias sustanciales entre los derechos innatos y los adquiridos, ¿cómo diríamos que el que se tiene sobre la persona propia es innato? Pero ¿podrá llamársele ilegislable é inalienable?

También esta segunda distinción, por la cual los derechos innatos se llaman inalienables y enajenables los adquiridos, carece de base y razón jurídica.

Algunos buscan en la moral el criterio para esta división, y dicen que son inalienables los derechos que constituyen deberes, y enajenables aquellos que no tienen este carácter para la persona á quien se refieren. Veamos si esta distinción y razones son más ciertas.

55. Carle (2) ha observado respecto á este punto que sería más exacto distinguir el derecho en sí mismo, como la propia

---

vol. 46, págs. 97-98), y Staal, á quien aquél cita en la nota primera de la página 98.

(1) Miraglia, obra citada.

(2) Obra citada; núm. 816, págs. 175-176.

actividad jurídica humana, de cada una de las manifestaciones con qué esta actividad puede presentarse. El derecho, en sí, escribe, es la misma personalidad humana considerada bajo el aspecto jurídico, y, como ésta, inalienable é imprescriptible; patrimonio al cual nadie ni nunca puede renunciar. Los términos de cesión, transmisión, sucesión, etc., de los derechos de una persona no pueden aplicarse al derecho considerado en sí mismo como actividad jurídica humana, sino tan sólo á sus manifestaciones particulares y concretas. Lo enajenable no es el derecho de por sí, sino las manifestaciones particulares de la actividad y las especiales relaciones jurídicas que de la misma se derivan.

56. Es indiscutible que en el derecho positivo hay derechos enajenables. Antiguamente la libertad era de éstos; desde Rousseau, sin embargo, se la tiene por inalienable; hoy nadie lo duda, y se tiende á rodearla de garantías cada vez más eficaces. Pero, ¿por qué así? ¿Acaso porque la libertad es un deber? No; la razón no depende de la moral, sino del derecho.

Siguiendo, aunque parcialmente, en el punto de vista de Carle, añadiré que, mientras es intangible é inalienable la personalidad jurídica, porque su enajenación supondría la renuncia á todo derecho especial, son tangibles y enajenables cada una de las manifestaciones de aquélla, los derechos especiales, en una palabra, dentro de los límites establecidos en consideración á los derechos de otro y á los derechos de la sociedad. Así, pues, de un lado el individuo no puede enajenar un derecho cuando la enajenación pueda ofender derechos ajenos, privados ó sociales, y de otro la sociedad debe respetar todos los derechos mientras no contradigan los suyos (1).

(1) Al considerar Ferri, obra citada, pág. 17, la inviolabilidad desde el punto de vista de la sociedad, expresa, aunque en otra forma, este concepto, cuando dice que el derecho es inviolable é inalienable hasta donde lo exige la existencia de la sociedad, y que deja de ser ambas aquellas cosas desde el momento en que produce cualquier colisión con aquella necesidad, que es la *suprema lex*.

El derecho de propiedad es de los intangibles; pero su inviolabilidad cesa ante un derecho social superior, el de expropiar por causa de utilidad pública, v. gr.

Libre es el hombre de limitar su libertad propia, entiéndase por tiempo determinado; pero por razones de orden público, las leyes declaran ineficaces el arrendamiento perpetuo de trabajos, obras y servicios.

57. Estas consideraciones se dirigen á determinar la naturaleza y límites de la *potestas in se ipsum*, la eficacia del consentimiento cuando recae sobre la disposición de la persona propia y los efectos de este consentimiento sobre un tercero.

Ya hemos dicho que en Amescúa (2) se encuentra un bosquejo del *jus in se ipsum*, pero ninguna de estas cuestiones tiene en él el amplio desarrollo que exigen.

58. Después de todo lo que llevamos escrito, puede formularse este principio general: *el hombre puede disponer libremente de su persona propia con exclusión de toda intervención, dentro de los límites impuestos por otros derechos sociales y privados*.

Algunos creen que estos límites, más que en los *derechos de la sociedad*, se encuentran en los *intereses sociales*.

Creo que la primera fórmula es más exacta. Los *intereses sociales*, aunque seguramente supongan un concepto sustancialmente exacto, parécenos que no pueden servir de fundamento á la teoría jurídica de los límites.

Nada hay de antijurídico en el hecho de que un derecho social suprima ó limite un derecho individual, porque es propio de los derechos excluirse y limitarse entre sí; pero la idea de que un *interés* excluya ó limite un derecho, es jurídicamente inexacta, porque un interés no tiene la categoría de un derecho; sólo cuando la haya alcanzado podrá producir estos efectos, pero no mientras se llame simple *interés*.

9. El concepto de un derecho perteneciente á la socie-

---

(2) Núm. 4.

dad, frente al de los individuos, ha tenido también sus objeciones.

Ante todo debe sentarse que cuando se habla de un derecho social, se alude al derecho perteneciente á la sociedad regularmente constituída, al Estado. Teniendo éste que satisfacer ciertas exigencias en interés de la colectividad, debe poseer medios apropósito para cumplirlas. Ahora bien: si dejase íntegra la libertad jurídica de los asociados, mal podría atender y realizar sus propios fines, motivo por el cual nace en él un verdadero derecho para imponer justas restricciones á los derechos de los individuos. Así es como puede decirse que los intereses sociales son decisivos, en cuanto determinan la superioridad del derecho social. Sin esta regla sería imposible la convivencia social. Menester es, pues, reconocer los derechos de la sociedad, del Estado, como se reconocen los del individuo.

60. Podemos ya establecer los límites de la *potestas in se ipsum* en relación con la sociedad.

El hombre es dueño de su vida, por ejemplo.

El Estado carece de derechos sobre ella, y en efecto, como se verá en el lugar oportuno, el hombre tiene un derecho de morir tan real y verdadero como el de la vida. Pero también el Estado tiene el derecho de conservarse á sí mismo y de usar, por consiguiente, medios convenientes para este objeto. Por consecuencia de él, el Estado tiene el derecho de imponer á los ciudadanos el servicio militar y mandarles á la guerra; he aquí el derecho de autoconservación del Estado, autorizándole para sacrificar la libertad y vida de los hombres.

Veamos otros ejemplos.

Todos son libres de contraer matrimonio, una de las formas de disposición de la persona propia; pero los derechos de la sociedad que corresponden á intereses de tan varios géneros, ponen límites á esta facultad, el de la edad, v. gr.

La libertad de la unión carnal existe; pero las leyes castigan el incesto, como también cualquier acto carnal cometido en público, ofendiendo al pudor y á las buenas costumbres.

El respeto á aquél y á éstas son, en efecto, derechos de la sociedad, cuya tutela corre á cargo del Estado.

También hay libertad para arrendar los trabajos y servicios propios; pero la ley limita ó condiciona, ó limita y condiciona á la vez, el trabajo de los niños y las mujeres, y niega eficacia al arrendamiento perpetuo de trabajos. También aquí interviene un derecho de la sociedad: el de que no se malogren con largos, rudos y peligrosos trabajos aquellas jóvenes y débiles existencias, y el de que no perezca, con la perpetuidad de la obligación, la libertad humana, suprema conquista de la civilización.

La mayor parte de las legislaciones no contienen disposiciones penales contra el suicidio; hay también, por consiguiente, completa libertad para quitarse la vida. No obstante, en muchas legislaciones se castiga el duelo, que, en sustancia, no es más que una forma del suicidio, Se puede discutir sobre la penalidad del duelo; pero, de aceptarla, no puede tener otra razón que el derecho social de impedir el uso de la *vis privata*, derecho superior al individual de disponer de la vida propia.

61. En los teatros, en las plazas, en los circos, se ofrecen todos los días espectáculos peligrosos, en los cuales la vida de un hombre depende de la resistencia de una cuerda, de la habilidad de un tirador ó de las dotes fascinadoras de un domador.

Estos juegos están permitidos. Pero sucede que un espectador quiere demostrar públicamente su valor ó bien satisfacer un capricho, é intenta lo que el domador y el jugador hacen. Inmediatamente sucede, en la mayoría de casos, que la policía prohibe el experimento. Todos recordarán, sin duda, lo que ocurrió en Italia con los periodistas, artistas, etc., que quisieron entrar en una jaula de fieras.

Parece, por consiguiente, que á quienes hacen profesión de tos juegos peligrosos se los permite disponer de su vida; pero) á los que no los tienen por oficio.

¿Cuál es la razón de esta diferencia?

En un artículo breve, pero nutrido de ideas, explica Lessona (1) la diferencia, diciendo que se hace depender el derecho de disposición de la persona propia, del contrato de arrendamiento de trabajos. El que por un contrato se ha comprometido á arriesgar su vida, puede arriesgarla; á quien no hizo tal contrato le está prohibido semejante empeño. No es posible decir, añade, que la conciencia pública tenga por seres inferiores á los artistas que desafían la muerte; la razón es siempre el reconocimiento del derecho que quien tal cosa ha contratado tiene para jugarse la vida.

En efecto; cuando media un contrato regular y formal, se supone que el contratante que ha de exponer su vida ha reflexionado detenidamente sobre los graves peligros que lleva anejos su oficio; jurídicamente, esta es la razón que lo autoriza.

La prohibición que se impone á los que no hacen de los ejercicios en cuestión una profesión habitual, se justifica con las razones contrarias, es decir, por la falta de contrato, y por el hecho de que cuando los verifica un inexperto producen en los espectadores más alarma y miedo que distracción.

De esta manera, puede hablarse de un derecho en la sociedad para impedir que el hombre exponga públicamente su vida, mientras que en lugar privado, por regla general, no puede vedar los ejercicios peligrosos.

62. Otras veces, al derecho social se añade un derecho privado, superior al *jus in se ipsum*.

La mujer casada, por ejemplo, pierde el derecho de unirse carnalmente con todo otro que no sea su marido, bajo pena de

---

(1) En *L' Omicidio-Suicidio*, págs. 204-215, cita Ferri este artículo. Agrega Lessona, que la licitud de estos ejercicios se funda en el predominio de los intereses sociales: «el pueblo se divierte viendo á los domadores; la ley no puede prohibir estos espectáculos, si el que dispone de su vida puede hacerlo espontáneamente. Esta gente, que desafía á la muerte, merece la admiración por un buen sentimiento: el valor». Lessona es uno de los pocos jurisconsultos que han llegado á penetrarse de la importancia científica del *jus in se ipsum*.

separación de cuerpos ó divorcio—según las legislaciones,—sin contar con las impuestas por el delito de adulterio. Concurre en éste caso, con el derecho tutelar de la sociedad sobre la familia, el derecho del marido á la fidelidad conyugal.

En teoría hay también quien defiende la impunidad del aborto procurado, pero nadie la sostiene cuando la mujer le comete en fraude de los derechos del marido. Este es otro caso de un derecho privado que limita la *potestas in se ipsum*, puesto que en el aborto procurado es un acto de disposición que la mujer hace de su cuerpo.

63. Lo que llevamos dicho puede aplicarse para establecer el criterio que se debe seguir con objeto de fijar la responsabilidad de quien ofende á una persona con consentimiento de ella.

La doctrina común aplica la máxima *volenti non fit injuria*, tomada de la ley 1.ª, § 5, D. *De injur.*, cuando se trata de derechos privados enajenables; pero no cuando se trata de derechos inalienables (1).

64. Nosotros, que hemos rechazado esta distinción, según como la expone la jurisprudencia tradicional, creemos que el límite de aplicación de la máxima le determinan conjuntamente derechos sociales y privados (2).

Cuando no media un derecho superior, social ó privado, el consentimiento de la víctima exime de responsabilidad, porque falta la lesión culposa del derecho; pero aparece ésta, y se sobrepone al consentimiento del ofendido, cuando el consentimiento recae sobre algo contrario á un derecho social ó privado superiores.

Ya he hablado del caso del alistado para el servicio militar que se hace mutilar para sustraerse de la carga. Los pensadores de ideas antiguas dicen que el consentimiento del mozo no ex-

---

(1) Berner, *Trattato de dir. penal*, trad. de E. Bertola; Milán, 1887, § 82, páginas 113-114; Giorgi, *Teoria delle obligas.*; vol. 5, n. 158.

(2) Chironi, *Colpa extracontrattuale*, vol. 2, n. 545, pág. 411, señala como límite el *orden público*.

cluye la responsabilidad del ejecutor, porque la integridad personal es un derecho inalienable sobre el cual no puede recaer consentimiento. Pero yo creo que la responsabilidad jurídica del ejecutor viene de otra parte. Es responsable: 1.°, porque viola el derecho de autoconservación de la sociedad para servir de medio al cual exige á todos los asociados útiles la prestación del servicio militar; 2.°, porque viola además los derechos de los restantes alistados, á quienes perjudica notablemente cualquiera exclusión (1).

Se ha dicho que la máxima *volenti non fit injuria* no se puede aplicar al derecho penal. Yo creo que es tan aplicable allí como en derecho civil, con tal de que no se olviden las mismas limitaciones, es decir, que la responsabilidad no desaparece cuando el consentimiento recae sobre objetos contrarios al derecho social, ó cuando sea lesión dolosa de un derecho privado (2).

IV

SUMARIO.—El derecho sobre la persona propia es autónomo.—No puede decirse *a priori* que sea derecho público ó privado.—Tutela jurídica de los derechos sobre la persona propia.—División sistemática de los derechos sobre la persona propia.

65. Hemos completado con la teoría de los límites la naturaleza y alcance del *jus in se ipsum*. Este nombre, como tenemos dicho, no indica un derecho único, sino un conjunto de derechos, cuyo contenido consiste siempre en un poder de disposición sobre la persona propia, física ó psíquica, con exclu-

(1) Cree Ferri, por el contrario, obra citada, pág. 39, que el criterio de aplicación de la regla *volenti non fit injuria*, antes que la renunciabilidad ó no del derecho individual, es la conformidad ó disconformidad con el derecho de los motivos que determinan al agente.

(2) Reservamos la parte especial de este trabajo para las aplicaciones.

sión de toda otra dentro de los límites establecidos por otros derechos sociales y privados.

El derecho sobre la persona propia es autónomo; forma una categoría especial, dentro de la serie reconocida por la doctrina. No es ni un derecho innato é inalienable en el común sentido de ambas expresiones; pero, diferenciándose en esto de los demás *derechos personales*, es absoluto, como los derechos reales, en sentido de que es eficaz para todos.

66. No puede decirse *a priori* que su naturaleza corresponda á la de los derechos públicos ó á la de los privados.

El derecho penal reprime ciertas ofensas inferidas á las personas; pero el carácter de derecho público ó privado no puede depender solamente de la punibilidad de la violación. La lesión de un derecho privado puede, en efecto, ser materia del Código penal, sin que nadie diga que por ello aquel derecho pierde su naturaleza privada. De otro modo, también el derecho de propiedad sería derecho público, porque entre los delitos previstos por el Código penal esté el hurto, por ejemplo, que es una de sus violaciones.

Fadda y Bensa (1) observan con mucha exactitud que, aunque algunos de los derechos sobre la persona propia tienen carácter político, esto no puede probar otra cosa sino la de que el contenido de cada uno de los varios derechos *in se ipsum* es el único criterio que puede decidir con exactitud de su carácter. El estudio analítico de cada uno de ellos, por consiguiente, nos dará su naturaleza.

67. Como á todo derecho corresponde un deber en los demás de respetarle, la ley sanciona este derecho. Existe, por consecuencia, una tutela jurídica de los derechos *in se ipsum*.

El desarrollo de esta parte de la teoría tiene señalado su puesto en la parte especial, á continuación del estudio de cada derecho; no sería lógico ni oportuno tratar ahora de la tutela

(1) Lugar citado, pág. 605.

jurídica de una categoría de derechos antes de estudiar la naturaleza, contenido y aplicaciones de los derechos mismos.

En esta parte general basta observar que las legislaciones conminan con distintas penas, por su duración y entidad, á las varias ofensas que la persona física ó psíquica puede sufrir, desde las más graves para el asesinato y homicidio, á las leves para las lesiones corporales y ofensas al honor.

Tampoco faltan sanciones civiles, como la indemnización de daños materiales y morales, en virtud del principio de responsabilidad: la responsabilidad civil del particular que perjudica á otro, de la compañía ferroviaria, del patrón para con el operario víctima de su trabajo.

68. La parte especial del nuestro se refiere á los objetos del derecho sobre la persona propia.

Distinguiremos ante todo la *persona física* y la *persona moral* (colectiva), advirtiendo que esta distinción no tiene otro objeto que el de hacer más clara y ordenada la exposición, no el de establecer un dualismo contrario á los dictados de la ciencia moderna.

Algunas de las aplicaciones del *jus in se ipsum* se relacionan con el derecho penal, y aun cuando nuestro estudio se refiere principalmente al civil, creo necesario extenderme hasta aquél, pues de otro modo sería imposible comprender todo el alcance del *jus in se ipsum*, y la teoría quedaría incompleta, sin contar con que la especialización de las ciencias no se opone al auxilio que las unas deben prestar á las otras, que es precisamente nuestro caso, ya que las aplicaciones penales del *jus in se ipsum* ilustran y completan las aplicaciones civiles.

69. Nuestro horizonte es muy vasto: tanto, que no es fácil ordenar sistemáticamente todas las aplicaciones que se ven en él.

A este efecto, creo que convendría estudiar en la *persona física: a)* el derecho sobre la vida propia; *b)* el derecho sobre el cuerpo propio, subdividido de este modo:

1.º Derecho para disponer del cuerpo.

2.° Derecho á la salud é integridad personal.

3.° Derecho á la libertad sexual y corpórea en general.

4.° Derecho á la libertad personal en relación con las penas corporales.

En la *persona moral* convendría estudiar:

a) El derecho al honor.

b) El derecho al nombre.

c) Los derechos de autor.

d) El derecho á las representaciones propias.

Después de estas investigaciones, se procederá á la de la tutela jurídica de cada particular derecho.

70. Debemos hacer una advertencia. El modo de tratar estos derechos especiales no debe ser general. Si así fuese, tendrían razón los que afirman la inutilidad de una teoría de los derechos sobre la persona propia, teoría ó doctrina que se reduciría á un conjunto de monografías sobre varios derechos especiales, sin ninguna ventaja para la ciencia.

Otro es el criterio que informa nuestro estudio. Dedicámosle principalmente á demostrar la relación de dependencia en que se encuentra cada un derecho dentro del derecho complejo que llamamos *derecho sobre la persona propia*. Este es el principio fundamental de nuestro trabajo; debemos, pues, investigar en qué categoría de la general de que nos ocupamos debe comprenderse un derecho determinado.

Sentado esto, debemos estudiar también las aplicaciones de los derechos especiales que sean consecuencia directa del *jus in se ipsum* y regidos por los principios generales de nuestra teoría.

Estos son los límites naturales de nuestro trabajo; no traspasándolos, podremos formar una teoría, no supérflua para la ·encia del Derecho, sino tan útil, que arroja nuevas luces so·re muchas instituciones y complementa toda la teoría.

Nuevas relaciones jurídicas que ahora no se manifiestan ɔdrán originar derivaciones también nuevas del *jus in se ip·m*, que, por serlo, no han podido tratarse en la parte especial

de este trabajo; pero los principios generales que ya tenemos establecidos podrán, sin duda alguna, regular las instituciones que aparezcan.

Necesario es el estudio de los que en la *actualidad* existen; penetrado de él, el jurisconsulto, lejos de crear el derecho infundiéndole una vida artificial, le considerará y verá siempre relacionado con toda la vida social (1).

---

(1) La REVISTA DE LEGISLACIÓN ha dado cabida en sus páginas al presente artículo, respondiendo á los fines de su institución, de no prescindir de ninguna de las corrientes y direcciones por donde la opinión jurídica se manifieste. La Dirección de la REVISTA no se halla conforme con las ideas expuestas en el artículo inserto por tan notable escritor jurídico, si bien juzga oportuno darle á conocer á sus abonados.

VALERIO CAMPOGRANDE,
Abogado.

¿La ley Hipotecaria Naval, ha derogado en todo ó en parte el art. 580 del Código de Comercio? (*)

CRÉDITOS DEL ARTÍCULO 32.

1.º Las cantidades tomadas á la gruesa por el Capitán del buque en el último viaje. Para obtener la preferencia, quiere el art. 33 que se llenen las condiciones fijadas en el párrafo noveno del art. 580 del Código de Comercio, pero repetidas con la cita de los artículos del Código de referencia y la anotación en el Registro mercantil, como también se expresaba ya. De modo que no ha habido en este punto reforma del Código, y sí una simple ratificación. ¿Por qué motivo el precio de la venta del cargamento ha de ser preferente al préstamo á la gruesa, habiéndose empleado todo en reparaciones?

2.º El importe de la avería gruesa que corresponda satisfacer al buque en el último viaje. Es éste un acreedor que no era preferente por el art. 580 del Código de Comercio, y la ley de Hipoteca Naval exige para serlo que se hayan llenado todas las formalidades del Código, añadiendo únicamente la inscripción en la certificación de propiedad del buque y la intervención en la liquidación del acreedor por hipoteca naval. ¿Cómo se llama á este acreedor para tal intervención, y se prescinde de los demás que tengan inscrito su título en la certificación del buque y en el Registro? ¿Son, por ventura, de peor condi-

---

(*) Véase la pág. 504 del tomo 88 de la REVISTA.

ción el precio aplazado por razón de venta y el acreedor refaccionario anterior al viaje? Pues es de advertir que en la certificación de inscripción del buque constarán dichos créditos, como anteriores al viaje, y podían ser citados al igual que el acreedor por hipoteca.

¿Por qué motivo ni en el Código de Comercio antiguo ni en el actual, se hace mención de la avería gruesa, cuando se trata de los acreedores del buque? ¿Sería que los autores de dichos Códigos no hubiesen conocido su importancia? ¿Indica tal vez este silencio, que desde la publicación del Código de 1829 no se habían presentado casos en que el comercio marítimo hubiese reclamado la concesión de un privilegio á tales acreedores? De lo que no se puede dudar es de que el Código actual no lo menciona en el art. 580.

Ello, no obstante, se encuentran en la sección de las averías, los casos en que han de calificarse de gruesas, cómo se han de causar, cómo y dónde se han de liquidar, y finalmente, su distribución, quién la ha de hacer efectiva y los medios para conseguirlo.

El art. 867 concede al Capitán la facultad ó le impone la obligación de requerir, á los que dejen de verificar el pago, para que lo hagan efectivo dentro de tercero día, y no haciéndolo á solicitud del mismo, se proceda contra los efectos salvados para conseguir el pago con su producto, y en el 868 se le autoriza para retener tales efectos como en prenda hasta que haya cobrado, á no ser que se le diere fianza suficiente para responder de la parte correspondiente á la avería gruesa. Esto, traducido en lenguaje jurídico, es la concesión de todos los derechos de prenda sobre lo salvado. Este derecho, ¿es preferente al del art. 580, ó en otros términos, el Capitán tendrá privilegio sobre los efectos salvados, hasta que esté reintegrado de la contribución señalada en la liquidación de la avería gruesa?

En el Codigo se considera á las naves bienes muebles, y cuando de éstos se trata y se concede el derecho de prenda sobre ellos, es manifiesto que esta facultad es superior á cual-

quiera otra, y si no, examínese en la graduación de acreedores qué lugar ocupan los acreedores por prenda.

El art. 913, prescindiendo de los del núm. 1.º, letras A, B y C, señala los privilegiados que tuvieren un derecho preferente, según el Código, y como derecho preferente tienen los que han de ser reembolsados por la liquidación de la avería gruesa, es claro que entrarían inmediatamente después de los singularmente privilegiados. Por derecho común, los créditos garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, han de ser pagados en segundo lugar, según el art. 1922 del Código civil. De manera que, en tal caso, solamente tendrían prelación sobre la avería los créditos por construcción, reparación, conservación y precio de venta.

Todo esto sucedería en caso de quiebra ó concurso. En otro caso, procedería siempre cobrar de la prenda, ó sea buque, antes que los demás acreedores.

Como se ve, aun cuando en el art. 580 nada se dijera, estaba ya previsto el caso en las citadas disposiciones, que únicamente respetaban las preferencias del núm. 1.º del art. 913 del Código de Comercio y las del 1922 del Código civil.

La ley de Hipoteca Naval ha de confesarse que no ha respetado el derecho existente, en cuanto, según el párrafo 2.º del art. 913 del Código de Comercio, el Capitán, por la avería gruesa, debía cobrar inmediatamente después del núm. 6.º del art. 580, y según el art. 32 de dicha ley, tienen sobre él preferencia una porción de créditos que eran posteriores.

El resultado de tal variación no puede ser favorable al comercio, á la marina y mucho menos á la constitución de la hipoteca naval. Al comercio, porque el transporte de mercancías está expuesto á toda clase de riesgos, no salvándose el reembolso de las averías gruesas, porque puede acontecer que la nave, si bien contribuya nominalmente, cuando se haga efectivo el reparto vengan otros acreedores preferentes, como son todos los del art. 31, y cobren antes que los interesados en la avería. La marina, porque sujetas las naves á tales prescripciones, no en-

contrarán con facilidad fletes, cuya carencia disminuirá la construcción en vista de que los capitales no resultarían remunerados. Finalmente, la constitución de hipoteca, en atención á que para regularizar la contribución, en los casos de avería gruesa, se verán los navieros obligados á contraer el compromiso de no hipotecar las naves, ó caso de hacerlo, á renunciar los prestadores por hipoteca en beneficio de los cargadores á la graduación dispuesta por el art. 32 de la ley de Hipoteca Naval.

3.° Los créditos refaccionarios contraídos por el Capitán, durante el último viaje, se colocan en último lugar, á pesar de que en el Código ocupaban el lugar octavo, anteriores á los préstamos á la gruesa. Para su justificación se hace mención de lo mismo que ya exigía el Código. En este punto no hay, pues, innovación, pero tampoco se motiva su cambio de sitio, á pesar de ser salvadores del buque.

Como ampliación ó complemento de lo dicho sobre los créditos números 7.°, 8.° y 9.° del art. 580 del Código de Comercio, 4.° del 31 y 1.° y 3.° del 32 de la ley de Hipoteca Naval, ha de recordarse que la necesidad de reparaciones, según el art. 610, párrafo 6.°, del Código, obliga al Capitán á buscar dinero valiéndose de los medios que le da el art. 611, que son: pedirlos á los consignatarios del buque ó corresponsales del naviero; acudir á los consignatarios de la carga ó á los interesados en ella, librando sobre el naviero; tomando préstamo á la gruesa y vendiendo carga; y si los encuentra por uno de tales medios, no puede haber preferencia entre ellos, porque la necesidad es una, y para atender á ella se ha utilizado el recurso que se ha encontrado.

Si, por ejemplo, para atender á las reparaciones se ha conseguido que una parte se pague al retorno del buque mediante espera que concedan los operarios; otra parte la suplan los consignatarios de la carga; otra se obtenga por medio de un préstamo á la gruesa, y otra, finalmente, se consiga vendiendo cargamento, ¿habrá motivo racional para conceder preferencia?

Todos deben ser iguales en la graduación, y si el Código y la ley de Hipoteca Naval les señalan distinto lugar, se falta á la equidad; sin que valga decir que el acreedor por préstamo á la gruesa y el por carga vendida podían ser más exigentes, el primero por el título de su crédito, y el segundo por el perjuicio mayor que sufre; porque si todos fuesen iguales, no es fácil que se presentasen tales exigencias, ya que el cebo del interés crecido del préstamo puede motivar que los consignatarios del buque y carga se nieguen á facilitar la cantidad y no se encuentre tomador de letra sobre el naviero.

Siendo, á tenor de los artículos 33 y 34 de la ley de Hipoteca Naval y los del Código que se citan, la necesidad de las reparaciones y su práctica causa de los créditos de que trata el núm. 7.º del art. 580 del Código, el núm. 3.º del art. 31 y los 1.º y 3.º del 32 de la ley no debían estar en distintos lugares, sino que reunidos en un solo párrafo, ocupar el número 3.º del art. 31 de dicha ley de Hipoteca Naval.

4.º Los derechos ó créditos litigiosos que antes de la inscripción hipotecaria hubiesen sido anotados preventivamente en el Registro, en virtud de mandamiento judicial, cuando queden reconocidos en sentencia ejecutoria ó en transacción otorgada ó aprobada por todos los interesados. Se trata de acreedores nuevos, creado su reconocimiento por la ley de Hipoteca Naval, que con dicha novedad ha rectificado lo que en otra parte establece.

Ocupando esos acreedores el lugar octavo en la graduación, son preferentes al precio aplazado por razón de venta y á los refaccionarios anteriores al viaje; de forma que aquellos acreedores que por el art. 580 del Código de Comercio ocupan el octavo lugar, y por la ley de Hipoteca Naval, con todas las condiciones que exige, son preferentes á la hipoteca, han de ceder su derecho á otros créditos cuya naturaleza no se dice ni se fija, que no tienen la conformidad del deudor, ó por lo menos no se les exige, y que su privilegio descansa únicamente en un mandato judicial para la anotación preventiva. Insi-

guiendo tal propósito, puede acontecer que una deuda del propietario del buque extraña á los intereses marítimos, resultado de un negocio de Bolsa ó de un alquiler de casa atrasado, venga á pesar sobre la nave, cobrando antes que el precio aplazado por razón de venta y el refaccionario anterior al viaje, preferentes por concepto de naturaleza y anteriores en la inscripción.

¿Sería esto justo? De ninguna manera, debiendo reconocerse, que la tal anotación preventiva vendrá después de las inscripciones, que existan ya sobre la nave.

Así resuelta tal dificultad, se admitirá lógicamente que los artículos 31 y 32 sólo declaran preferencias sobre la hipoteca naval, pero no establecen orden de graduación entre sí.

Dichos artículos no entran á discutir ni resolver si la naturaleza, causa ó motivo de los créditos dan motivo para clasificarlos de una ú otra manera, sino que los agrupan, poniendo en el art. 31 los que son siempre preferentes, sin necesidad de inscribirlos ni anotarlos en el Registro mercantil, y en el 32 se colocan los que necesitan, entre otras condiciones, la de su inscripción en el propio Registro. De aquí resulta que se continúa en el 31, los 7.º y 10 del art. 580 del Código de Comercio, cuando por su naturaleza no habrían ocupado dicho lugar, y por las circunstancias que para su justificación se exigen en el Código no son semejantes á los anteriores, sino más bien se parecen á los del art. 32, máxime el núm. 7.º

Los sostenedores de la reforma, no parece sino que consideran á los autores de la ley como personas ignorantes, que no han sabido expresar lo que se propusieron y que han sembrado palabras, que han de interpretarse, para hacerlas decir lo que con estudiado cuidado han procurado callar. Y si no, dígase, ¿qué legislador hubiera callado que el art. 580 del Código de Comercio quedaba derogado, expresando claramente la tramitación que se seguiría existiendo la hipoteca naval? ¿Cómo no se hubiera expresado el orden riguroso que debiera observarse entre todos los acreedores, sin perjuicio de la distinción que establece entre los que necesitan registro y los que pueden

prescindir de él? ¿Dónde se ha visto que una graduación quede fraccionada en dos artículos, guardando en el segundo un orden que no se enlace con el primero? Y sobre todo, ¿no existe en la ley la palabra *preferencia*, repetida hasta la saciedad, para indicar la línea que separa los que preceden á la hipoteca naval y los que vienen después? ¿Por qué motivo no se cuidó el legislador de graduar entre sí á esos á quiénes daba la preferencia sobre la hipoteca? Aquí no hay más que un dilema: ó el legislador quiso atribular á los acreedores preferentes á la hipoteca, enredándoles y confundiéndoles de manera que discutiesen acerca de su orden de cobro, ó se limitó á decir que la hipoteca naval quedaba graduada después de los acreedores que declaró preferentes á ella. Lo primero no puede concebirse de un legislador serio, y como lo segundo es lo que resulta de toda la ley, no hay duda que la falta de graduación expresa, es argumento fuerte en pro de los que sostienen la estabilidad de la lista del art. 580 del Código de Comercio.

A mayor abundamiento, se añade que la ley de Hipoteca Naval se publicó al objeto de que esta institución pudiera existir, esto es, contraerse ó imponerse, vivir y realizarse. Así se ve que se dictan disposiciones relativas á las personas, para que puedan contratar, á las cosas que se pueden hipotecar, á las formalidades del contrato, á su registro y al procedimiento para su realización.

Encuentra la ley al paso otros acreedores de la nave que pueden existir, y respecto de ellos dice únicamente quiénes tendrán preferencia al cobro; pero como no se ha establecido en beneficio ni perjuicio de ellos, no innova lo que el derecho anterior disponía. Fíjese la atención en el procedimiento, y se verá que está dictado todo en beneficio de la Hipoteca naval; se habla de los demás créditos: de modo que si quisiesen gerse á él, tendrían bastantes dificultades.

Y aquí sale al paso otra cuestión que no carece de importancia, y no deja de ofrecer inconvenientes su resolución.

¿Cuándo se dirá que no existe ó hay hipoteca naval, para

que la graduación se haga en el sentido del Código ó en el de la ley de Hipoteca Naval?

Esta cuestión no se encuentra, partiendo del principio de que la ley no ha creado una nueva graduación; pero se presenta seria si la graduación se ha reformado. No existe en el primer caso, por cuanto sabiendo los acreedores que son preferentes á la hipoteca, solamente se descuentan del precio de venta las preferencias ó cantidades que la hipoteca debe soportar, distribuyéndose los acreedores, según el Código, lo que importe la suma de las preferencias, quedando el resto para la hipoteca naval. Pero si ha de hacerse una nueva graduación, tendrá que discutirse todo, ó mucho de lo que antes se ha dicho, hasta que la jurisprudencia haya establecido sus reglas. No se procederá con seguridad, porque la sola determinación de cuando venga el caso de seguir uno ú otro sistema, importa ya muchas contradicciones y dará lugar á grandes vacilaciones.

Dígase, si no, si la existencia de un solo acreedor de los del número 31 dará ó no lugar á que el asunto se considere como caso de hipoteca naval, ya que indudablemente han de sostener la afirmativa los que quieran graduar con la nueva ley, proclamando con ella que la mera existencia de un privilegiado importa al sistema de la hipoteca naval, aun cuando no haya un solo contrato de esta especie.

La misma falta de procedimiento anteriormente indicada demuestra que la ley no se ha cuidado del derecho de esos privilegiados, en cuanto no les ha dado un camino expedito y adecuado, para realizarlo y hacerlo valer. El artículo 39 fija al acreedor con hipoteca naval los casos en que puede ejercitar sus derechos contra la nave, y es visto que si la ley se hubiese dictado para graduar á los acreedores privilegiados, les habría dado el derecho expedito para cobrar. Nadie se creerá con derecho á sostener que son acreedores con hipoteca naval los de los números 31 y 32, y que puedan acogerse é invocar los artículos 39 y siguientes. Así, por ejemplo, ¿el acreedor por derechos de pilotaje, puede requerir al deudor, según el art. 41

para que le pague su crédito, y verificado, deberá el Juez ordenar la venta del buque?

¿El acreedor por préstamo á la gruesa, podrá usar de este medio? Aun cuando el préstamo á la gruesa pueda haberse contraído en escritura pública, no cabe abrigar la seguridad de que pueda hacerse uso de los artículos 39 y siguientes para pedir el cobro. En primer lugar, porque el préstamo á la gruesa en viaje resulta firmado por el Capitán, y la ley de Hipoteca Naval no le autoriza para suscribir préstamo por hipoteca naval, y en segundo lugar, porque tanto el art. 39, al hablar del acreedor con hipoteca naval; como el 41, citando sólo el préstamo hipotecario; como el 43, hablando simplemente de préstamo, sólo se refieren al préstamo con hipoteca.

Si la ley no ha señalado á los acreedores privilegiados procedimiento especial, en armonía con el dictado en beneficio de la hipoteca naval, es otra prueba de que sólo ésta llamó su atención y únicamente mencionó á los otros acreedores para determinar su preferencia.

Tampoco ha dotado á los privilegiados de todas las ventajas concedidas al crédito por hipoteca naval. Los acreedores del art. 580 del Código pueden instar embargo y la venta judicial del buque, y si estuviese cargado y despachado para hacerse á la mar, no podrá embargarse sino por deudas contraídas para aprestar y avituallar el buque en el mismo viaje, cesando el embargo si cualquiera interesado en la expedición diere fianza de que regresará el buque dentro del plazo fijado en la patente, obligándose, en caso contrario, aunque fuese fortuito, á satisfacer la deuda en cuanto sea legítima; y por otra clase de deuda, no comprendida en el art. 580, sólo puede ser embargado el buque en el puerto de su matrícula. Esto dis-
ne el art. 584 del Código de Comercio.

En el art. 45 de la ley de Hipoteca Naval se faculta al acree-
r para practicar el embargo en cualquier puerto, á tenor del
t. 48, ó sea en el lugar en que se celebró el contrato, en el
erto en que haya entrado el buque hipotecado, en el domici-

lio del demandado y en el lugar en que radique el Registro en que fué inscrita la hipoteca, todo lo cual da mayores facilidades al acreedor; la ley permite embargar, aun cuando el préstamo no haya servido para el viaje, y además permite que el requerimiento se haga al Capitán ó dueño del barco, ó su representante, para que regrese al puerto concluído el viaje, llevándose entonces á efecto el embargo. Estas ventajas no se conceden á los demás acreedores, y sí únicamente á quien tenga préstamo hipotecario.

En último lugar se ha de mencionar que la ley habla de la acción hipotecaria, por ser la que han de entablar los que sean acreedores de tal clase, y en tal concepto, al fijar el término para la prescripción, dice en su art. 49, que la acción hipotecaria naval prescribe á los diez años, contados desde que pueda ejercitarse conforme á las disposiciones de la misma ley. ¿Tendrán también acción hipotecaria los privilegiados?

Supóngase, por un momento, que intenta ensayarse la aplicación de la ley de Hipoteca Naval y la pretendida graduación cuando no existe ningún préstamo con hipoteca naval. Puede ocurrir el caso de que el buque esté asegurado y discutirse si el seguro viene ó no comprendido en la obligación. Como no hay hipoteca constituída por contrato, siguiendo los principios generales, debería admitirse que siendo un derecho del buque, y por tanto afecto á todas las obligaciones contraídas, vendría comprendido en la responsabilidad.

Admítase la graduación pretendida y la existencia de contrato de hipoteca naval, en el cual se haya excluído expresamente de la hipoteca, á tenor del art. 9.º de la ley. Se pregunta: ¿estando asegurada la nave, se entenderá excluído el seguro para los acreedores privilegiados? Es claro que así debiera entenderse, si por la sola existencia del contrato de hipoteca naval viniera el privilegio y la graduación que por ella se dice creada, y esos acreedores privilegiados dejarían de participar del seguro, que favorecería á los acreedores según el Código.

Posible es que se observe que el contrato entre el acreedor por hipoteca y el deudor, no puede influir en la suerte de los acreedores anteriores. Si así se razonara, habría de aceptarse por consecuencia que la ley ha dejado completamente abandonados á los privilegiados, no legislando sobre este punto, ó no cuidando de sus intereses como aparece haber mirado por los del acreedor hipotecario, siendo otra razón en contra de la existencia de la nueva graduación.

Tales razones alegadas, unas en pro, en contra otras, de la reforma del art. 580 del Código de Comercio, son bastantes para comprender la dificultad que se encuentra al tratar de resolver la cuestión. Es muy posible que se haya meditado por otros que se hayan ocupado con más extensión y profundidad del artículo, y hasta pueden existir casos de resoluciones judiciales dirimiendo la controversia. Siempre es lástima que en la ley no se haya expresado en términos claros la reforma del artículo 580, y que si se ha querido fijar una nueva graduación, no se haya establecido el precepto en debida regla y no limitarse á hablar simplemente de preferencias. De esta manera se hubieran ahorrado discusiones y cuestiones judiciales, y sobre todo, habrían dado pie seguro al que quisiese prestar con hipoteca de la nave, cuando al presente las dudas apuntadas seguramente retraerán á muchos.

RAMÓN FONT Y VIÑALS.

Barcelona, Enero, 1896.

LA CONMUTACIÓN DE LAS PENAS

ESTUDIADA EN EL DERECHO Y EN LAS LEGISLACIONES (*)

38. Considerada la pena como represión, no sólo legal, sino material también, del delito, lleva necesariamente en sí la idea de *mal*, de *castigo*, en la medida que la sociedad cree necesaria para protegerse á sí misma y restaurar el orden perturbado. Como tal mal y castigo, su forma externa más común es la privación de la libertad individual, perpetua ó temporal, agravada ó no con particulares reglas que se creen oportunas para el fin jurídico que ha de cumplir; de todos modos, representa un mal *sensible*, que cuantitativamente no excede de las condiciones subjetivas de quien ha de cumplirla. Así, pues, es posible y deseable, seguramente, una gradación infinitesimal en las penas, con objeto de proporcionarlas todo lo más que se pueda á los múltiples grados y matices del desarrollo físico é individual del reo en los primeros años de su vida. En fin, menester es no olvidar que, una vez aceptado el principio de la inimputabilidad, debe aplicarse hasta en sus últimas consecuencias más rigurosas, y que en las legislaciones que no admite esten período se presenta la necesidad de castigar cuantas veces intervenga, ó se crea que interviene, el discernimiento, ya sea en el límite máximo señalado á este período, ya en el mínimo.

(*) Véase la pág. 468 del tomo 88.

Hasta el Código sardo de 1859, reproducción literal del francés, una vez probado el discernimiento (art. 89), no había diferencia alguna entre reos que hubieren llegado al último ó penúltimo día de los catorce años, y reos que sólo tuvieren uno, dos ó tres de edad, á los cuales, en los delitos enunciados en el núm. 1 del art. 89, se podía imponer cierta custodia y vigilancia por vía de pena, á no ser que por la vivacidad de su temperamento y excepcional como precoz desarrollo, se pudiera creer que no ignoraron completamente la gravedad del delito que habían consumado. Consignar sólo la posibilidad de esta igualdad en las penas, demuestra la falsedad del principio que la originaba. Si se dice que la pena debe ser divisible hasta lo infinito para que pueda adaptarse á las especialísimas é individuales condiciones de los reos, ¿cómo admitir que vengan luego á concretarse en un mal sensible? En la infancia, durante la primera edad de la vida, las ideas de premio y castigo (pena), mejor se representan en la inteligencia humana con contornos y líneas materiales, que con abstracciones, y es preciso, para que produzcan algún efecto, que se exterioricen en alguna forma que llegue á los sentidos más que á la razón. ¿Cómo afirmar entonces que la sola privación de la libertad individual pueda ser comprendida en una inteligencia embrionaria como castigo sensible; cómo afirmar que la pena de este modo impuesta llene sus fines y cumpla su naturaleza de *mal* opuesto á otro *mal?* Aun aceptando la teoría, según la cual en todos los períodos de la vida del hombre se puede cuestionar sobre su discernimiento, en el sentido jurídico, por lo menos; aun creyéndolo así, no se resuelve la segunda y más importante cuestión, á saber: si el desarrollo intelectual, que fué bastante para llevar al delito, más ó menos conscientemente, que ^to no importa, es luego suficiente para hacer sentir la impor- ncia moral y jurídica del castigo, sin cuya conciencia la pena completamente inútil. En estos casos, ó se agrava la pena ra hacerla sensible, alterando de esta suerte las relaciones tre el grado de la perturbación del orden social producida

por el delito y la persona del delincuente, y entonces la pena es ilegítima, ó en atención á estas mismas condiciones subjetivas se castiga demasiado poco, y entonces es inútil. Penas ilegítimas, como penas inútiles, son contrasentidos jurídicos; luego si no es posible humanamente graduarlas en la exacta medida que por el delito las corresponde, preferible es no imponer pena alguna.

39. No es menos grave el asunto, cuando se le considera desde el punto de vista de la función jurídica de la sanción legislativa. Tiene ésta, como hemos visto, bien predeterminada su misión en la restauración del orden político, turbado por el delito. El juicio sobre el grado de la perturbación nada tiene en sí de absoluto, y es muy lógico que pueda reducirse insensiblemente, y aun cesar precisamente, cuando, por las condiciones de la tan escasa edad del delincuente, basten para excluir *a priori* la idea de que el agente haya podido darse cuenta exacta de la importancia, no sólo moral, sino jurídica de sus actos. Decimos esto, porque las leyes penales no son protectoras de la moralidad de las acciones, consideradas en relación con los principios abstractos de la razón pura, sino que, por el contrario, las examinan y aprecian en el terreno práctico y positivo del orden jurídico. Es, pues, cierto que, prescindiendo de toda gradación de la inteligencia, hay un período en la vida humana durante el cual, por las mismas condiciones de incompleto desarrollo del organismo, la mente no puede darse exacta cuenta de las ideas del derecho, la justicia y el deber jurídico, y la razón es casi tan instintiva como la de los irracionales. Esta falta de conciencia del derecho positivo violado, basta de por sí, en las relaciones objetivas de seguridad de los intereses sociales, para eliminar la necesidad del castigo, puesto que en el peligro de no poder usar de criterios rectos y seguros para determinar el grado preciso de inteligencia, es más conforme á la tutela jurídica que no se exteriorice la acción de la ley, antes que manifestarse castigando injustamente.

40. El criterio de la *no punibilidad* ofrece, pues, indudable-

mente, para la resolución de estas cuestiones, un fundamento más sólido y positivo que el de la *no imputabilidad*, y, por esto precisamente, ha sido acogido por completo en el Código penal italiano. Dice su art. 53: «No se procederá contra el que en el momento que cometió el hecho no haya cumplido nueve años»; disposición análoga á la que contenía el artículo correspondiente (52) del Proyecto Zanardelli de 1887, y en el cual se ha consagrado el principio de la no punibilidad; principio que, como hemos dicho, es más exacto, puesto que sustrae al Magistrado de abstractas, falaces y peligrosas investigaciones sobre los límites de la responsabilidad. En el texto definitivo del Código encontramos añadida á la disposición copiada del artículo 53, esta otra parte, que no figuraba en el Proyecto Zanardelli de 1887: «No obstante, cuando el hecho esté previsto en la ley como delito que lleve consigo el *ergastolo* (1), la reclusión, ó también la prisión no inferior á un año, el Presidente del Tribunal civil, á petición del Ministerio público, podrá ordenar, por providencia revocable, que el menor sea recluído en un establecimiento de educación y corrección, durante un tiempo que no pasará del de su mayor edad; podrá también encargar á los ascendientes ó á los que tengan obligación de cuidar de la educación del menor, que vigilen su conducta, so pena, en caso de inobservancia y cuando el menor vuelva á cometer un delito cualquiera, de una multa hasta de 2.000 liras.» La introducción de esta disposición en el texto definitivo, disposición dirigida, como el Ministro dice en su Exposición al Rey (cap. 32), *á cumplir el sagrado deber que la sociedad tiene de*

(1) El *ergastolo* equivale en cierto modo á nuestra *cadena perpetua;* la tra ducción más fiel de la palabra sería, sin embargo, la de *trabajos forzados*. El 16 del Código penal italiano describe esta pena: «La pena de trabajos zados es perpetua, y se cumple en un establecimiento especial, donde el adenado permanece durante los primeros siete años en aislamiento celular ntinuo con obligación de trabajo. En los años sucesivos será admitido al bajo en común con otros penados, con obligación de guardar silencio.» — *(N. del T.)*

atender especialmente á la corrección de la juventud, no puede suscitar la duda de que se haya vulnerado con ella en una pequeña parte el principio de absoluta ausencia de responsabilidad del menor de nueve años. Basta, para persuadirse de ello, el observar que como medida ocasionada, más que dependiente del delito, el legislador la encomienda á la jurisdicción del Presidente del Tribunal civil, en concordancia con lo dispuesto en el art. 222 del Código, civil también, sustrayéndola de esta suerte á la del Magistrado del orden penal, el cual acaba la suya con la comprobación del hecho y de la edad, inferior á nueve años, de su autor; medida, en fin, harto distinta de la del Código de Cerdeña, el cual, estableciendo siempre la prueba del discernimiento del imputado, inviste al Juez penal del conocimiento del hecho; Juez que, sólo cuando se halle frente á una edad inferior á la de catorce años en que no se presente discernimiento, proveerá con formas análogas á las indicadas en el citado apartado del art. 53 (1).

Por lo demás, casi todos los autores afirman que es conveniente que se fije en los Códigos un período de absoluta irresponsabilidad, y no son sólo estos autores de aquellos que han tratado la cuestión teóricamente, sino también los que la han considerado en el campo práctico de las legislaciones que comentaban. Así, Chauveau afirma que la ley no debe entregar á la justicia á los niños cuya edad haga imposible presumir el discernimiento de sus acciones: «Menester es reconocer, añade, la imposibilidad en que estamos de poder trazar un seguro confín entre la ligereza del niño y la gravedad del hombre, y de calcular la época exacta en que la razón comienza á iluminar nuestras acciones y la conciencia á juzgarlas» (2). También hemos copiado ya (núm. 35) las palabras con que Haus censura á la ley belga, por no haber admitido el período

(1) Chauveau Hélie: *Teorica del Codice penale*, vol. 1, pág. 215.

(2) Chauveau Helie, *Teorica del Codice penale*, vol. 1, pág. 215.

de absoluta irresponsabilidad. Nicolini (1), Rossi (2), Carrara (3), Pessina (4), Puccioni (5), Tolomei (6) y el mismo Mattei en su tratado *De Criminibus* (7), fueron todos defensores del período de irresponsabilidad. Podemos, pues, decir que cuando, por el contrario, se establece para las edades que comprende aquel período cualquier sistema de conmutación de penas, ni se satisface á la tutela jurídica, ni se sienta una medida legal que responda á los altos principios del derecho punitivo.

41. No queremos cerrar la discusión de esta importantísima materia, sin una ojeada á las principales legislaciones vigentes.

Además del Código francés (arts. 66 67), no admiten el período de plena irresponsabilidad el Código belga de 1867 (artículos 72 73) y el de Neufchatel de 1855 (arts. 40 41). Observemos además que este último extiende el período de la minoría en que se debe probar la concurrencia del discernimiento hasta los dieciséis años, estableciendo que en todo caso la pena que se imponga al que obró con él, no pueda exceder de cuatro años de prisión ó de destierro, ó expulsión si es extranjero, cualesquiera que fuera la gravedad de la pena que, de ser mayor, hubiera correspondido al acusado.

Aceptan, por el contrario, la teoría de la irresponsabilidad durante un período predeterminado, además del Código italiano, el Código penal del Imperio alemán de 1871, que fija este período en los doce años cumplidos, y el de la prueba del discernimiento desde los doce hasta los dieciocho (§§ 55 56 57); el Código holandés de 1881, que determina el período de irresponsabilidad en los diez años, y dispone la prueba del discer-

(1) *Questione di Diritto penale*, quest. 11.ª
(2) *Trattato di Diritto penale*, vol. 1, parte general.
(3) *Programma*, parte general, § 218.
(4) *Elementi di Diritto penale*, pág. 130.
(5) *Il Cód. pen. toscano illustrato*, vol. 1, pág. 327.
(6) *Diritto e Procedura penale*, núm. 1060.
(7) *Prolegomena*, II, 2.

nimiento entre los doce y dieciséis (arts. 38 39); el Código húngaro de 1870, para el cual el período de la irresponsabilidad dura hasta los doce años cumplidos, y el en que se debe investigar la parte del discernimiento en el acto, desde los doce á los dieciséis (arts. 83 84); el Código de Zurich de 1871, en que la impunidad dura hasta doce años también, y la condicional, bajo la concurrencia del discernimiento, desde los doce á los dieciséis (§ 45); el Código del cantón de Friburgo, que concede la irresponsabilidad hasta el plazo de doce años, haciendo entrar la prueba del discernimiento entre los doce y dieciséis (arts. 60 y 61); el Código del cantón de Ginebra de 1874, que fija para la irresponsabilidad absoluta el período de diez años y consiente la información sobre la intervención del discernimiento desde los diez hasta los dieciséis (arts. 48 y 49); el Código del cantón de Basilea de 1872, que hasta los doce años no consiente procedimiento criminal, y desde los doce á los dieciocho sólo cuando ha mediado discernimiento (§§ 31 y 32); el Código del cantón de Berna de 1866, que sienta también en el duodécimo año el término de la irresponsabilidad y encierra el período del posible discernimiento entre los doce y dieciséis (artículos 44-46); el Código del cantón de Valais de 1859, que da para la impunidad el plazo de los doce primeros años, y al período en que se ha de investigar la presencia del discernimiento, la edad comprendida desde los catorce á los dieciocho (arts. 89-91); el Código del cantón de Vaud de 1844, que extiende hasta los catorce años el período de no imputabilidad y marca entre los catorce y los dieciocho el que necesita para producir este efecto la ausencia del discernimiento (artículos 51-55): el Código del cantón Ticino de 1873, para el que hasta los diez años se produce la irresponsabilidad absoluta del culpable, y entre éstos y los catorce es necesario investigar el discernimiento (arts. 49-50); y, en fin, el Código español de 1870, que en el núm. 2.º de su art. 8.º transcribe la disposición contenida en su precursor ya citado (véase núm. 34), limitando á los nueve años el término de la impunidad, y dando

lugar, desde esta edad hasta la de quince, á la prueba del discernimiento.

42. Terminada esta indicación preliminar, tócanos examinar ahora el cómo se aplican en la práctica de las legislaciones las conmutaciones de las penas producidas por la poca edad de los delincuentes. Pero al llegar aquí, es menester hacer una advertencia respecto á los diversos sistemas que se dividen el campo de la fijación y proporción material de la pena para cada delito particular. Hay un sistema de gradación preventiva, que consiste en repartir cada especie penal en un número preestablecido de períodos ó cuotas, llamados *grados*, y aplicar después la pena para cada delito en los límites de uno ó más de estos grados, determinando en la misma proporción la medida de la disminución ó aumento producidas por las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes. El segundo (que es el que aceptan la mayor parte de los Códigos hoy vigentes) omite esta repartición preventiva de las penas en grados, limitándose á fijar el *máximum* y el *mínimum*, y cuidándose luego, en las disposiciones especiales, de aplicar á cada delito la cantidad concreta de pena que tiene por mas justa y conveniente, exceptuando las circunstancias generales ó particulares que producen aumento ó disminución de la pena ordinaria aplicada ya á cada delito, para las cuales la establece también concretamente, á no ser que, teniendo en cuenta la variedad con que se pueden presentar, determine con una fracción de la pena conminada para cada delito la cantidad en que debe aumentar ó disminuir.

No es de nuestra especial competencia en este trabajo discutir las mayores bondades y títulos de preferencia que un sistema tenga sobre el otro. La demostración práctica de la superioridad del segundo, acompañada de un seria crítica del primero, puede verse en la relación del Ministro Zanardelli á la Cámara de los Diputados, sobre el Proyecto del Código penal italiano (1). Diremos sólo que, entre las varias legislaciones vi-

(1) *Relaz. Min.*, vol. 1, págs. 127 y sigs.

gentes en que se usa el sistema de la gradación, se encuentran el Código español, el ruso, el de la República de San Marino y el del cantón Ticino, y que siguieron el segundo algunos de los Códigos que rigieron en Italia, como el Reglamento Pontificio, el Código Estense, el de Parma, el de Toscana; y entre los vigentes, casi todas las demás naciones europeas: el austriaco, belga, alemán, el de Zurich, el húngaro, el holandés y el nuevo proyecto para Austria.

43. El Código italiano establece para la conmutación de pena ocasionada por la edad las siguientes normas directivas: Pasados los nueve años y hasta los catorce, y concurriendo el discernimiento, la pena de trabajos forzados se sustituye por la de reclusión de seis á quince años, y toda otra pena se aplica con la disminución que se establece en los números 3 y 4 del art. 47, para los que por enfermedad mental no son reputados como plenamente responsables, es decir, con la reducción de las penas temporales mayores de doce años, desde tres á diez—de las superiores á seis é inferiores á doce, desde uno á cinco—de toda otra menor con la reducción en menos de la mitad,—y en fin, con la reducción en la mitad de las penas pecuniarias (art. 54). Tiene después presente el Código una segunda gradación de la edad del imputado, edad que comprende desde los catorce á los dieciocho años, que motiva una nueva gradación de las penas, motivada por considerar que aun no es completa la responsabilidad del agente. En estos casos, cambia el *ergastolo* en reclusión de doce á veinte años—cualquier pena temporal superior á doce años, en la misma de seis á doce—las mayores de seis y menores de doce, en tres á seis—cualquier otra pena corporal queda reducida á su mitad—y en las pecuniarias el límite de la disminución no puede bajar de un tercio (art. 55). Por último, antes de llegar á la aplicación de la penalidad ordinaria, el Código establece nuevas medidas para cuando el acusado, habiendo pasado de los dieciocho años, no haya llegado á los veintiuno; para este caso, el *ergastolo* se conmuta con reclusión de veinticinco á treinta

años, y cualquier otra pena se disminuye en un sexto (art. 56).

44. El texto definitivo del Código ha introducido dos innovaciones en el Proyecto ministerial de 1887; en efecto, el artículo 54 del Proyecto, que corresponde al que en la actualidad lleva el núm. 55, fuera de la conmutación del *ergastolo* en reclusión por doce á veinte años, para las restantes penas no contenía otra disposición que la que las reducía á su mitad; en segundo lugar, se ha llevado en el texto definitivo la minoría de edad para los efectos penales, hasta los veinte años, como estaba establecida en el derogado Código Sardo, pero precisamente en contra del proyecto que la limitaba á los dieciocho. De estas innovaciones da cuenta el Ministro en su Exposición al Rey (1): «En el art. 55 se han sentado las disminuciones de las penas, indicando las más leves que puedan aplicarse en concreto, antes que recurrir al sistema del cómputo por fracciones. De esta manera se ha puesto en armonía este artículo con el precedente y con el 47, que la estaba reclamando, so pena de producir efectos desproporcionados é incoherentes, porque, siendo diversos los sistemas de computar la disminución en los artículos 54 y 55 que en el Proyecto, se podrían haber aplicado en los casos del art. 55 penas más leves de las que con el 54 se podrían inflingir.» Esta precaución legislativa nos parece tan clara y tan laudable, que no necesita comentarios. En cuanto á la prórroga de la edad penal, que el Proyecto, según hemos dicho, fijaba en los dieciocho años, he aquí cómo se expresa el Ministro en la Exposición al Rey (2): «Nuevo es el art. 54 al establecer una disminución en la pena para el menor de veintiún años y mayor de dieciocho. Para mí, eran demasiado graves y evidentes las razones expuestas en mi Relación, que aconsejaban que se estableciera la plena responsabilidad penal en los dieciocho años; pero puesto que el Parlamento, representado en dos muy autoriza-

(1) *Exposición al Rey, del Guardasellos* Zanardelli, cap. 92.

(2) *Idem.*

das Comisiones, pensó de otro modo, no quise que mi modo de pensar prevaleciera, y acepté la proposición que se hacía.» Como se ve, el Ministro, rígido y escrupuloso cumplidor del orden constitucional, se creyó en el deber de rendirse á la Representación nacional, uniendo á ella su voto, sin intentar siquiera demostrar desde el punto de vista científico y jurídico que se volvía á un criterio erróneo, cual fué el de la Comisión parlamentaria, al equiparar con la disciplina civil las reglas que se refieren á la responsabilidad penal. Ya el Ministro Zanardelli había advertido al defender el proyecto (1), que «el estar fijada la *mayoría de edad civil* en los veintiún años, no es motivo suficiente para que se fije en el mismo tiempo la *mayoría de edad criminal*, porque para ejercer los varios actos de la vida civil se requieren desarrollo intelectual y experiencia de la vida, harto superiores á las que se han menester para juzgar de lo lícito y lo ilícito, y distinguir una acción que es un delito de otra indiferente ó meritoria.» Esta es precisamente la sustancial diferencia que condena la equiparanza de ambas mayorías de edad, ya que parece posible, é indudablemente lo es, afirmar que en las condiciones de desarrollo fisiológico normal, á los dieciocho años se está en la plenitud de las facultades intelectuales, como también que, sin necesidad de esfuerzo alguno y sin que sea precisa una capacidad é inteligencia extraordinarias, se pueda distinguir el bien del mal, lo justo de lo injusto, con lo cual cesa la razón jurídica para castigar menos, y la edad, antes que proporcionar criterios de recta justicia, toma el carácter de contrariar al derecho. La duda de que el límite de los dieciocho años, propuesto por el Ministro, no fuese suficiente para asegurar la plena responsabilidad, se desvanece con observar que otro más bajo se ha establecido por leyes que rigen en países septentrionales, donde, como es sabido, el desarrollo físico es más tardío que en los meridionales; baste ver que el Código de Suecia tiene la mayoría de

(1) *Relación sobre el Proyecto á la Cámara de Diputados*, cap. 49.

edad en los quince años; el francés, el belga, el ginebrino, el holandés, el húngaro, el de Friburgo y el de Zurich, en los dieciséis; los de Basilea (ciudad), Vaud y Alemania, á los dieciocho, y, en fin, en los veinte el cantón Ticino. Pero acaso la intención de la Comisión parlamentaria fuera librar á los menores de veintiún años de penas tan severas, por creer que delitos cometidos en esa edad no acusan tal depravación de carácter que hagan desesperar de arrepentimiento y enmienda. Aunque muy hipotético, este criterio sería respetable, y digna de no olvidarse por los legisladores la posibilidad de conducir de nuevo á la sociedad á seres corregidos y arrepentidos, como fuerzas útiles que son para el bien general; pero, de ser así, el ejemplo de otras legislaciones que, con un criterio de responsabilidad más cerrado, sustraen todavía al reo bajo un cierto límite de edad superior, sin embargo, á aquel en que racionalmente puede presumirse el conveniente desarrollo físico é intelectual, á penas extremas ó más graves; este criterio, decimos, pudiera haber servido de guía al legislador italiano. Así, en el Código sueco no se puede imponer la pena de muerte ni la de trabajos forzados perpetuos á los menores de dieciocho años; así también en los Códigos de Hungría y de Friburgo no es posible aplicar la muerte ni las penas perpetuas á los que no han cumplido veinte; pero estas legislaciones distinguen perfecta y jurídicamente la responsabilidad plena ó menos plena por razón de edad, de aquellos otros motivos políticos por los cuales, en determinadas condiciones de la vida, puede parecer inoportuno castigar con todo el rigor de la ley. En conclusión: para nosotros se obró mal al no aceptar en toda su integridad el Proyecto ministerial, que significa un señalado progreso sobre las disposiciones correlativas contenidas el Código de Cerdeña. Recordemos, por último, que cualesiera que sean las penas restrictivas de libertad con que se stigue á los culpables menores de catorce años, deberán cumirse en las casas de corrección y no en los establecimientos enitenciarios ordinarios; y que cuando el reo ha cumplido los

catorce años, pero no los dieciocho, la forma de la ejecución de las penas se encomienda á la autoridad judicial (artículos 54 y 55 ya citados).

45. Entre las vigentes legislaciones extranjeras, establecen conmutación de las penas por razón de edad, las siguientes:

El Código alemán, en el cual la mayoría de edad penal se alzanza á los dieciocho años, con la prueba del discernimiento desde los doce: cuando el delito se ha cometido en este período, si la pena que le corresponde es la de muerte ó la casa de fuerza perpetua, se conmuta por la de cárcel de tres á quince años; si la pena es la cadena perpetua en las fortalezas, se reduce de tres á quince años; cuando la pena señalada es la casa de fuerza ó cualquiera otra pena, se establece la medida entre el mínimum legal y la mitad del máximo, de tal manera que si la pena así conseguida fuera la casa de fuerza, se conmute en la de encarcelamiento; en las contravenciones, la pena ordinaria se cambia en reprensión (57).

El Código belga, que no ha aceptado, como hemos visto, el período de inimputabilidad, ha creído encontrar un remedio á los rigores de la imputabilidad genérica, prolongando el período en que se debe averiguar la intervención del discernimiento. Comprende este período hasta los dieciséis años, y cuando se ha ejecutado el delito con discernimiento, consiente las siguientes conmutaciones: las penas de muerte, trabajos forzados y prisión, ambas de por vida, se cambian en prisión de diez á veinte años; los trabajos forzados temporales y la prisión extraordinaria, en prisión de cinco á diez años; la reclusión y la prisión, en prisión de uno á cinco. Ordena después que jamás pueda pronunciarse la pena de muerte contra los que en el momento de cometer el crimen no hayan cumplido dieciocho años, y que en estos casos la pena se conmute por la de trabajos forzados perpetuos (arts. 73-77).

El Código holandés encierra entre los diez y dieciséis años el período en que para penar hace falta probar el discernimiento. Cuando ha concurrido, dispone en términos generales que

el máximum de la pena principal fijada para el hecho punible se disminuya en un tercio, y que si se trata de la prisión perpetua, se conmute esta pena por la temporal que no exceda de quince años (art. 39).

El Código francés conmuta para el menor de dieciseis años que haya obrado con discernimiento las penas de muerte, trabajos forzados perpetuos y deportación, en prisión de diez á veinte años en las casas de corrección; los trabajos forzados temporales, prisión y reclusión, en prisión en las casas de corrección por un tiempo igual al tercio por lo menos, y á la mitad por lo más, á que hubiera sido condenado si hubiesen podido aplicársele las penas ordinarias. Conmuta también la degradación cívica y el destierro en prisión en las casas de corrección, en un período que oscila entre tres á cinco años (artículos 67-69).

El Código húngaro, fijando la mayoría penal en los dieciséis años y requiriendo desde los doce el discernimiento, establece que el reo que se encuentre en estas condiciones del período intermedio, tenga las siguientes conmutaciones: la muerte y la casa de fuerza perpetua en reclusión de dos á cinco años; la casa de fuerza temporal y la prisión de Estado en dos años de reclusión á lo más en el primer caso, y en otros dos también, pero como máximum, de prisión de Estado para el segundo; para toda otra pena por crímenes, la conmutación se fija en dos años de prisión simple (máximum), y en las penas por delitos, la conmutación consiste en convertirse toda pena en penas de policía. Dispone también que, aun cuando el delincuente haya cumplido los dieciséis años, no se le aplicará la pena de muerte ni los trabajos forzados perpetuos si no ha llegado á veintiuno (arts. 85-87).

El Código de Zurich exceptúa absolutamente de su pena máxima, que es la casa de corrección, á los menores que, haiendo obrado con discernimiento, se encuentren entre los doce dieciséis años de edad, determinando *in genere* su conmutación en otras penas inferiores y facultando al Juez para apli-

carlas, aun por bajo del mínimum, cuando consistan en privación de la libertad personal. Dice además que en el período de dieciséis á diecinueve años, jamás pueda condenarse al culpable á casa de corrección de por vida; y autoriza en los casos en que pudiera corresponder esta misma pena temporal, la conmutación en casa de trabajo (§§ 61 62).

En el Código del Cantón de Friburgo sólo encontramos una verdadera conmutación de pena aplicable al mayor de doce y menor de dieciséis años que haya obrado con discernimiento; consiste en sustituir las penas de muerte y reclusión perpetuas con la de reclusión temporal por bajo de quince años. En cuanto á las restantes penas, más que conmutaciones, hace disminuciones de la cantidad. Este Código tampoco quiere aplicar la muerte ni la reclusión perpetua á los reos menores de veinte años; en estos casos, ambas penas se cambian por la de reclusión que no exceda de veinte años (arts. 62-63).

El Código del cantón de Ginebra, que tiene los dieciséis años como el límite en que para los efectos penales empieza la mayoría de edad, y el período intermedio entre esta edad y la de diez, conmuta la reclusión perpetua, que es su pena superior, en prisión de diez á veinte años; la reclusión temporal, en prisión de tres á diez; el destierro, en prisión de uno á cinco; y disminuye, más que conmuta, todas las otras penas, en la mitad por lo más de las ordinarias (art. 50).

El Código del cantón de Berna conmuta entre los doce y dieciséis años la muerte y la reclusión perpetua en la prisión en un establecimiento penitenciario especial por dos á doce años; la reclusión temporal y la prisión común, en prisión en un establecimiento, especial también, por un tiempo que no exceda de la mitad del máximum de la pena ordinaria. Finalmente, aun cuando la mayoría para las penas se fija en los dieciséis años cumplidos, todavía, si no se ha alcanzado la de dieciocho, conmuta la muerte y la reclusión de por vida en reclusión temporal hasta veinte años (arts. 46-48).

El Código del cantón de Valais, que lleva el período de la

impunidad hasta los catorce años y el de la prueba del discernimiento desde los catorce á los dieciocho, ordena que en este período la pena de muerte se convierta en la de reclusión hasta por veinte años; la reclusión perpetua, en temporal por tiempo que no exceda de diez años; la reclusión temporal, en prisión por término que no pase del que la reclusión tendría si pudiera imponerse; las demás penas sufren sólo disminuciones. Hay después una segunda gradación de penalidad para el período de dieciocho á veintitrés años, según la cual, la muerte se conmuta en reclusión que no pase de treinta años; la reclusión perpetua, en temporal hasta veinte años, y toda otra pena se disminuye hasta un cuarto de las ordinarias (arts. 91-92).

El Código del cantón de Vaud no establece conmutación más que para la pena de muerte, que sustituye, en los mayores de catorce años y menores de dieciocho, con la de reclusión desde seis años; para las demás penas tiene reducciones de cantidad (art. 55).

Las mismas reducciones, en atención á la edad, hallamos en el Código del cantón Ticino (arts. 50-51).

Más original es la disposición del Código español de 1870, que en su art. 86 dispone que si el reo mayor de nueve años y menor de quince ha obrado con discernimiento, se le aplique una *pena discrecional*, inferior siempre por lo menos en dos grados á la común; y que cuando haya cumplido los quince, pero no los dieciocho, la pena sea inmediatamente inferior á la ordinaria (1).

(1) El Profesor Pedro Nocito, al dar cuenta del Congreso Penitenciario internacional de San Petersburgo de 1890, en un trabajo publicado en la *Nuova Antologia* (cuaderno de 16 de Julio de 1890), habla á este tenor de la penalidad de los menores. La cuestión de la penalidad de los menores se discutió también en la Sección primera, con motivo del tema quinto, que se refería á los delitos cometidos por menores. Informó sobre él, ante la Asamblea general, el Dr. Drill, y las conclusiones que presentó en nombre de la Sección, fueron estas: 1.ª, que se aboliese para los menores de dieciséis años la cuestión de la culpabilidad y el discernimiento, sustituyéndolas con esta otra: si es

46. La conmutación de penas, que hallamos escrita en algunos Códigos, en atención á la avanzada edad del delincuente, nos mueve á examinar la cuestión de si la vejez puede considerarse por sí sola como causa jurídica que produzca disminución en la responsabilidad, y en la penalidad por consecuencia.

Claro está que si la edad senil pudiese, á la manera que la infantil, tomarse como elemento de exención, sería menester también aceptar *a priori* y de un modo absoluto, que el curso de los años determina un estado fisiológico de decadencia de las fuerzas físicas del hombre, y que esta decadencia influye, necesariamente y siempre en su inteligencia y voluntad; de tal manera, que el vicio de que estas facultades adolecen, permiten reconocer una menor gravedad política en sus delitos y menor perturbación también en el orden social; fuera de ésta, nin-

---

necesaria al menor la tutela de la Autoridad pública, debiendo ser, en caso afirmativo, sometido á un régimen de educación y corrección; 2.ª, que para el empleo de estos medios se debe tener en cuenta, no sólo la gravedad y móviles del delito, sino también sus precedentes, carácter y desarrollo intelectual del menor, lo mismo que el ambiente social en que vive; 3.ª, que aun para los menores de veinte años y mayores de dieciséis, el Tribunal debe gozar de una gran latitud en la aplicación de las penas, recorriendo desde la represión hasta las penas ordinarias.

Aunque yo crea en un sistema especial para los menores, no puedo aceptar estas exageraciones. Equivaldría éste á abandonar el derecho de gracia en las manos del Juez, al permitirle recorrer desde la represión hasta la pena más grave que se pudiera imponer por el delito, por la sencilla razón de tratarse de un menor de veinte años, aunque mayor de dieciséis. Tampoco, en mi sentir, se puede cambiar la cuestión de la responsabilidad penal del menor de dieciséis años por la de la tutela de que pueda tener necesidad, es decir, de una institución correctiva y educadora al cuidado de la Autoridad pública. Antes que el remedio y la profilaxis, hay que conocer la enfermedad y hacer su diagnóstico. Es preciso conocer, antes que nada, al autor del delito cometido y conocer también el grado de su responsabilidad. Sería demasiado suprimir la sentencia penal que condena ó absuelve, para trocarla en una mera orden de la Administración pública.

guna otra razón justificaría una disminución de imputabilidad y penalidad en los ancianos.

47. En nuestra opinión, esta razón tampoco existe. Si la base en donde se fija la responsabilidad plena del agente, en cuanto á la edad, se determina por las condiciones de su completo desarrollo físico y moral, parécenos que, una vez alcanzado, debe proveernos de una medida fija y constante como segura de la imputabilidad, que cuando deba ser modificada ó extinguida lo será por otras causes individuales y especiales, pero jamás por la edad como dato objetivo.

La avanzada edad del delincuente podrá representar un motivo indirecto para castigar, ó para castigar de otro modo que en los casos ordinarios, cuando las fuerzas físicas ó intelectuales del anciano, por acontecimientos ajenos ó propios de su edad, impidan ó dificulten el completo concurso de su inteligencia ó voluntad en las acciones criminosas que realice; pero entonces se comprende perfectamente que la razón de disminuir ó atenuar la imputabilidad no reside en la edad ni la edad la produce, sino que es mejor una más de las muchas condiciones subjetivas del imputado, tan propias del viejo como del joven, y que en uno como en otro, mermando el grado ó la cantidad política de sus delitos, producen disminuciones y conmutaciones legítimas de las penas.

48. Determinado de esta suerte el carácter propio que la vejez del reo tiene en relación á la imputabilidad, podemos deducir que la influencia jurídica de la misma no puede representarse más que como un elemento individual, y no como criterio absoluto que permita establecer una disminución genérica en su favor. Es, en fin, una excepción que habrá de aplicarse caso por caso: jamás como regla fija é inmutable que deba llevarse como postulado jurídico á todo caso y delito. No se puede admitir, por consiguiente, una conmutación penal producida por la única razón de la edad senil del delincuente; hasta se podría llegar á una conclusión diametralmente opuesta, que es la de que, examinada la vejez en sus relaciones con

la imputabilidad, debiera, mejor que disminuir, agravar las penas, ya porque la experiencia y práctica de la vida alcanzadas con ella hagan presumir, con la madurez de la inteligencia, un juicio más completo sobre la importancia jurídica y moral de las acciones verificadas, ya porque las debilitadas pasiones y afectos del delincuente excluyan los más frecuentes motivos de excusa y atenuación. Establecer, pues, en los Códigos conmutaciones de las penas en atención á la avanzada edad de los delincuentes, sería un verdadero absurdo jurídico.

49. A muchos legisladores y escritores de las varias disciplinas penales, les ha parecido urgente aplicar el principio de la proporcionalidad del mal que se llama pena, con las condiciones físicas del delincuente, á los casos en que, por la mucha edad de éstos, aquéllas se hagan sentir más gravemente, produciendo acaso hasta la imposibilidad de sufrirlas sin serios perjuicios en la salud. Tratada bajo este nuevo aspecto, creemos nosotros que la edad puede y debe ser justa razón para no hacer cruel y exorbitante la aplicación de la pena, ya que es innegable que la relatividad de la misma ha de estar siempre de acuerdo con las condiciones físicas de su sujeto pasivo. Tampoco la conmutación, considerada de este modo, es en realidad materia propia de los Códigos; antes bien, tiene mejor puesto en las disposiciones reglamentarias que para la ejecución de las condenas penales se dictan, ya que aunque concurren muchas probabilidades que permiten sostener que la vejez merece alguna especial atención que atenúe la dureza del castigo, lo cierto es que no puede elevarse á presunción general y absoluta, puesto que entre los ancianos el grado distinto de robustez y salud física es tan variable, que para algunos hace meramente penoso un mal que á otros es completamente intolerable. Fijadas en los Códigos las penas ordinarias en razón de la responsabilidad en que ha incurrido el reo, sólo hasta el momento de ponerlas en ejecución será cuando deba examinarse si el condenado por escasez de fuerzas, enfermedad ó edad es capaz ó no de sufrir el castigo común, y si se le debe

favorecer con mitigación ó conmutación; pero, repetimos, ésta será materia reglamentaria, y la conmutación que se produzca se fundará en motivos más bien morales que de estricto derecho. Los Códigos modernos han acatado también este principio al ocuparse sólo en contados casos de la avanzada edad del delincuente como motivo apriorístico para conmutar las penas (1).

50. Por lo que llevamos dicho se comprende que nosotros tengamos por equivocado el juicio de aquellos autores que, fundándose en la autoridad del derecho romano, atenúan la responsabilidad penal por causa de vejez; y le tenemos por equivocado, porque los textos á que apelan no demuestran precisamente que este concepto inspirase su jurisprudencia. En todos ellos hallamos, es cierto, genéricamente mencionada la edad como circunstancia atenuante de las penas, pero en ninguno está específicamente nombrada la *senilidad;* esta sencilla observación basta para desautorizar todos sus argumentos. La L. 10, D., *De reg. juris* (50, 1 f), enseña, en efecto, que *fere in omnibus pœnalibus judiciis et ætati imprudentiæ succuritur*. La L. 3., § 7, D., *De sene sill.* (29, 5), dice también *ignoscitur etiam his qui ætati defecti sunt*; y, en fin, la L. 6, D., *Ad. leg. Jul. pecul.* (48, 13), advierte que *sacrilegii pœnan debelit proconsul pro qualitate personæ proque sei conditione et temporis et ætatis et sexus vel severius vel clemencius statuere*. La práctica antigua se aprovechó de estos textos para establecer la máxima que decía: *senectus est veluti altera pueritia* (2); y en consecuencia de ella, la conmutación de las penas encontró su justificación jurídica en que *senes sunt diminuti sensu, et intellectus ita quod repuerascere incipiunt* (3). Extraña cosa es observar la

(1) Véase sobre esta materia: Carrara: *Progr.*, P. E., §§ 228 229 726. Tolomei: *Dir. e Proced. penale*, §§ 1003-1004. Haus; *Dir. pen. belgico*, vol 1, § 610. Chauveau Hèlie: *Teorica del Codice pen.*, vol, 1, p. 231. Dallos, *Repertoire*, volumen 35, p. 659, núm. 457.

(2) Tiraqueau: *De pœnis temperandis*, p. 29.

(3) Farinaccio: *Quæstiones*, 92, núm. 23.

incertidumbre de los doctores para fijar la causa jurídica de esta conmutación, porque mientras por un lado la referían á una disminución en la responsabilidad, por otro, cuando trataban de aplicarla, veían que en las penas pecuniarias no podía admitirse una disminución en su provecho, contradiciendo notoriamente al principio general que antes habían reputado como base jurídica de la teoría.

51. Recorramos rápidamente las formas de conmutación que las legislaciones han admitido por la mucha edad de los delincuentes.

El Código francés de 1791 disponía, que los reos que hubieran cumplido setenta y cinco años de edad, no sufrirían la pena de deportación, reduciendo á cuatro años las de cadena, reclusión en las casas de fuerza y detención cuando al tiempo de imponerse tuviera el reo la misma edad; á los ochenta años concedía la libertad mediante sentencia del Tribunal si se habían sufrido, al menos, cinco años de la pena. El Código de 1810 ordenaba que no se pronunciaran penas de trabajos forzados perpetuos, deportación ó trabajos forzados temporales, si al tiempo de la sentencia el reo hubiera cumplido setenta años, y cambiaba estas penas respectivamente en reclusión perpetua ó temporal; dispuso también que todo condenado á trabajos forzados temporales que en el curso de su pena cumpliese los setenta años, fuese relevado de ellos, cumpliendo el tiempo que le faltase en una casa de fuerza. Estas disposiciones se acogieron sustancialmente en la revisión de 1832, con la sola diferencia de cambiar la deportación en prisión perpetua. Por ley de 20 de Mayo de 1854 se redujo la edad á sesenta años, pero sin comprender en la gracia el caso del que los cumpliera durante la condena.

El Código de Baviera se limitaba á conceder al condenado mayor de sesenta años á la pena de cadena, el beneficio de no aplicarle á trabajos públicos y penosos.

La misma conmutación establecieron los Códigos de las Dos Sicilias y de Parma, cuando al imponerse la sentencia ó mien-

tras se extinguía la pena cumpliera el reo los setenta y cinco años.

El Código Estense conmutaba á la misma edad el *ergastolo* y los trabajos forzados con prisión perpetua ó temporal.

El de Toscana no favorecía al reo que cumpliera los setenta años, más qué atenuando el rigor en la ejecución de las penas, pero sin mudar su especie: admitíalos al trabajo en común ó celular en las cárceles y casas de fuerza.

Una atenuación, mejor que una conmutación, establecía también el Reglamento romano para los que hubiesen cumplido setenta años; este Código contiene también una disposición notable, que es la de no consentir desde esta edad la aplicación de la última pena (art. 32); disposición copiada en algunas leyes vigentes.

El Código húngaro atiende á la vejez para conmutar la casa de fuerza temporal en reclusión por tiempo que no exceda al *máximum* de la más grave por que se sustituye (art. 33).

El Código sardo disponía en su art. 69: «El condenado á la pena de trabajos forzados que al tiempo de la condena hubiese cumplido setenta años, ó que fuese declarado físicamente incapaz para la clase de trabajos prescritos á la pena, sera dispensado de ellos y empleado en otros menos fatigosos y mejor adecuados á sus fuerzas. Otro tanto se hará con el condenado que llegase á setenta años en el cumplimiento de la pena, como también con el que se inutilizase para cumplirla.» El Código sardo, pues, comprende en esta medida tanto al viejo cuanto á todo el de cualquiera edad que fuese declarado inepto físicamente para el género de trabajos ordenados para la pena; amplía, por consiguiente, el concepto conmutativo, designando al mismo tiempo que el móvil de la atenuación no reconoce como motivo la menor gravedad del delito por razón de la edad de su autor, sino que, antes bien, se deriva de las peculiares condiciones de capacidad física para cumplir la pena.

Como hemos dicho, los demás Códigos vigentes no contie-

nen disposición alguna sobre la vejez (1): este es también el sistema del Código penal italiano. Para acabar nuestra reseña, digamos que en los Códigos de los cantones de Friburgo (artículo 64) y Berna (art. 49), á semejanza del Reglamento romano, se establece la conmutación de la pena de muerte en reclusión perpetua para los reos que al tiempo de pronunciarse la sentencia tengan cumplidos setenta años de edad.

§ 2.º—Sexo.

Sumario: 52. Influencia del sexo del imputado en la conmutación de las penas: carácter histórico del asunto.—53. Base fisiológica en que se basa el principio jurídico: cómo no puede aplicarse sino en cuanto á la ejecución de las penas.—54. El sexo en el Proyecto del Código italiano: modificaciones en el texto definitivo.—55. Otras formas de conmutación por respetos morales y políticos.—56. Penas especiales para las mujeres en los delitos de aborto procurado é infanticidio.—57. Concordancias legales y teoría respecto al aborto procurado.—58. Varias disposiciones legislati-

---

(1) El Código español contiene dos disposiciones sobre este asunto; pero ninguna de ellas establece una verdadera conmutación penal: una y otra pertenecen al grupo de las que el autor llama atenuaciones de la penalidad ordinaria, y aun una de ellas, la primera, á semejanza de la del Código de Cerdeña, más que á la *edad*, á la *aptitud ó capacidad física para sufrir la pena se refiere*, dentro de cuya aptitud la *edad* no es más que uno de tantos signos de capacidad.

1.ª «Art. 107. Los sentenciados á cadena temporal ó perpetua trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura; se emplearán en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio defuera del establecimiento.—Sin embargo, cuando el Tribunal, consultando la *edad, salud, estado ó cualesquiera otras circunstancias personales del delincuente*, creyese que éste debe cumplir la pena en trabajos interiores del establecimiento, lo expresará así en la sentencia.»

2.ª «Art. 109. El condenado á cadena temporal ó perpetua que tuviese antes de la sentencia *sesenta años de edad*, cumplirá la condena en una casa de presidio mayor.—Si los cumpliese estando ya sentenciado, se le trasladará á dicha casa presidio, en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia.»—*(N. del T.)*

vas.—59. Infanticidio: historia.—60. Motivos jurídicos de la conmutación de la pena para la madre.—61. Motivos de honor.—62. Comparación legislativa.

52. Poco es lo que podemos decir sobre la influencia que el sexo del imputado tenga en cuanto á la pena, toda vez que este elemento distintivo de la responsabilidad y de la penalidad, ha sido casi completamente abandonado, á lo menos como principio general y absoluto, por los legisladores modernos. Por esto el problema, respecto de esta atenuante, tiene una importancia meramente histórica, y se refiere sólo á saber si debe referirse á la imputabilidad, ó sencillamente á la aplicación de la pena (1).

53. Hay quien cree que la constitución física de la mujer, y especialmente de sus órganos generadores, determinan un funcionamiento intelectual inferior al del hombre, que la impide tanto conocer la ley, como apreciarla en toda su importancia; habiendo, pues, dicen, menor participación de la inteligencia en sus delitos, debe ser menor también su responsabilidad, y como consecuencia lógica, las penas que se la impongan (2). En cuanto á la razón de castigar á las mujeres con menor gravedad que á los hombres, se han deducido de su mayor delicadeza y sensibilidad física, que la hacen incapaz de soportar ciertos trabajos y sufrimientos. Pero como la fisiología rechaza, al menos genéricamente, la idea de que la constitución natural de la mujer sea una causa *absoluta*, *constante* y *necesaria* de imperfección en las facultades mentales, la ciencia penal y las legislaciones, siguiendo sus dictados, han rechazado también cualquiera gradación de la responsabilidad

(1) *Quoniam* (escribe Mattei, *De Criminibus*, vol. II, pág. 575) *aliquo lenius agendum cum muliere propter infirmitatem tum corporis, tum animi atque consilii, qua animi infirmitate fit ut quemadmodum facili labitur, ita etiam facibus pœnæ cogitatio eam abstineat.*

(2) V. Carmignani, *Elem. di dir. pen.*, § 184; Carrara, *Progr.*, parte general, §§ 223 á 297; Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. V, págs. 409 y siguientes.

de los delincuentes por razones de sexo. Si el concurso de la inteligencia en la producción de los actos es igual en la mujer que en el hombre, cesa por completo la razón de imputar y castigar más á uno que á otra.

54. En el segundo aspecto, sin embargo, y en atención á la delicadeza y sensibilidad física de las mujeres, algunas legislaciones modernas, entre las cuales se encuentra la italiana, han tenido por oportuno fijar modalidades especiales, bien en los Códigos penales, bien en los reglamentos de disciplina carcelaria, que es donde tiene su natural sitio, como ya hemos dicho. Por nuestra parte, preferimos que se inserten en estos reglamentos; parécenos principio inconcuso que los Códigos deben ocuparse de la penalidad en sus relaciones con la responsabilidad, sin descender jamás á particularidades y detalles que deben ser objeto de leyes especiales; hubiéramos, por consiguiente, deseado que en el Código italiano se hubiese conservado el rigor metódico que ostentaba el Proyecto Zanardelli de 1887.

Recordemos que mientras en el Código sardo se disponía por el art. 67 que, cuando alguna mujer fuese condenada á trabajos forzados, se cumpliera la pena en las casas de fuerza, con la obligación del trabajo dentro de ella y á tenor de los reglamentos (1), el Código italiano ha extendido esta disposición, que, repetimos, es puramente reglamentaria, en el art. 23, que dice: «las mujeres cumplirán en establecimientos especiales las penas de *ergastolo*, reclusión, detención y arresto.» El Ministro, para justificar en la Relación al Rey (2) esta disposición, se limita á decir que le ha parecido bien colocar en el Código, mejor que relegada á los reglamentos, esta regla de ejecución de las penas impuestas á las mujeres.

(1) La misma disposición contiene el art. 16 del Código francés, modificado por el art. 4.° de la ley de 30 de Mayo de 1854; como también el 18 del Código de Parma, el 18, igualmente, del Estense, el 19 del de Toscana y el 30 del Reglamento Romano.

(2) Cap. XIV.

55. El Código italiano contiene además para la mujer otra conmutación de pena; es la establecida en el párrafo primero del art. 21, por la cual el arresto, hasta de un mes, impuesto á las mujeres y menores no reincidentes, puede cumplirse en el propio domicilio. En el Proyecto, esta conmutación, escrita en el art. 23, era mucho más general, puesto que comprendía á todos los condenados no reincidentes, y se había hecho para evitar, «en todo lo que fuera posible, sin menoscabar el carácter penal de la sanción, que por leves transgresiones sufrieran los ciudadanos los daños y vergüenzas de la cárcel, en la cual, acostumbrándose á la vida y triste sociedad de las prisiones, pierden aquella especie de pudor cívico y repugnancia de la pena, que son realmente tan poderosos frenos para el mal» (1). Pareció, sin embargo, á la Comisión del Senado demasiado peligroso el atribuir al Juez esta facultad conmutativa, y la encargada de la revisión propuso que se limitara á las mujeres y menores no reincidentes: el Ministro, «apreciando las razones aducidas en contra de la subrogación de la pena carcelaria, por las dificultades de su ejecución, las dificilísimas condiciones en que se colocaría á los Jueces con esta facultad concedida absolutamente y la desigualdad de su eficacia en el rico y en el pobre», acogió el voto de la Comisión de Revisión, diciendo que, «si por una parte los inconvenientes notados disminuyen cuando se trata de mujeres y menores, por otra y *para estas mismas personas*... importa evitar los peligros del contagio moral y la pérdida del pudor cívico, que tanto contribuye á mantenerse en el respeto de sí mismo y de los deberes propios» (2). De estas palabras del legislador se deduce que la especial conmutación de la pena consentida por el párrafo primero del art. 21, al aplicarla al sexo, se hace, no por reconocer la existencia de elementos modificativos de la responsabilidad é imputabilidad, sino por razones de oportunidad en la ejecución de

(1) *Relación á la Cámara de los Diputados*, vol. 1, p. 107.

(2) *Exposición al Rey*, cap. 13.

la pena y con un fin altamente moral y educativo, como es el de no habituar á la vida insana de las cárceles á quienes por su debilidad están más expuestas á sufrir la influencia deletérea de su ambiente, impidiendo de esta suerte la desmoralización y corrupción, ya que de otro modo faltaría á la pena uno de sus fines, el de castigar mejorando, en cuanto sea posible, las condiciones morales de las reos (1).

56. Antes de abandonar este asunto, menester es estudiar dos delitos especiales para los cuales algunos Códigos han establecido conmutaciones de penas, cuya única razón es el sexo del culpable: queremos hablar del aborto procurado y del in-

---

(2) Contiene nuestro Código penal común dos disposiciones especiales de aplicación de las penas á las mujeres. Por una de ellas, que es la del artículo 105, «no se aplicará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se la notificará la sentencia en que se la imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento». La otra, contenida en el art. 96, es una verdadera conmutación penal. «Cuando las mujeres incurriesen en delitos que este Código castiga con las penas de cadena perpetua ó temporal, ó con las de presidio mayor ó correccional, se les impondrán respectivamente las de reclusión perpetua ó temporal, prisión mayor ó correccional.» También el Código penal de la Marina de Guerra, art. 73, dispone otra conmutación para las mujeres: «Cuando una mujer deba ser condenada á la pena de presidio, se sustituirá ésta por la de prisión por el tiempo que corresponda de presidio.» Nuestras leyes, por consiguiente, no tienen al sexo por una circunstancia modificativa de la responsabilidad; atienden al más delicado de la mujer con medidas que atenúan la penalidad. En realidad, la primera de estas disposiciones ni siquiera puede decirse que se haya dictado en favor del sexo, sino del sér desconocido y venidero que la mujer lleva en su vientre. Se parte del principio de que la mujer puede *merecer* (principio de la responsabilidad) la pena de muerte; y se dispone también que la *sufra* (principio de aplicación), pero sin modalidad alguna por su sexo, en la misma forma que el hombre. La razón de la suspensión contenida en el art. 105, es la de salvar al concebido quizá de un aborto, de cualquier accidente producido por el terror de la notificación, primero, y de procurarles después por un tiempo mínimo aquellas condiciones más precisas para una probable viabilidad. Es éste, en suma, un beneficio de que la madre disfruta por su hijo, de quien hasta cierto momento no hay manera de separarle so pena de producirle la muerte ó algún otro grave mal.—*(N. del T.)*

fanticidio, pues para entrambos, cuando *la madre* destruye el fruto de ilícitos amores para ocultar su deshonra, admite una atenuación de la responsabilidad (1).

57. Empecemos por el aborto.

El Código de Cerdeña, después de haber fijado las reglas comunes de penalidad en los artículos 501 y 502, en el 503 decía: «En los casos de abortos realizados con el propósito de ocultar *prole ilegítima*, las penas establecidas en los dos artículos precedentes podrán, pero sólo *para la madre*, disminuirse en uno ó dos grados.» No concedía este beneficio en los casos de aborto cuando la filiación fuera legítima, como tampoco le extendía á cualquier otra persona, complicada en el delito aun tratándose de filiación ilegítima.

El Código italiano, conformándose con el Proyecto Zanardelli de 1887, ha introducido radicales innovaciones en este asunto. Distingue ante todo el aborto procurado por la madre, del que procura un extraño con su consentimiento; pero sin distinguir entre filiación legítima é ilegítima. En cuanto al procurado por la madre, el legislador no ha podido prescindir de las condiciones que se relacionan con el estado de ánimo en que suele encontrarse la embarazada, cuando obrando contra el natural instinto materno y poniendo en grave peligro su propia salud, se resuelve á suprimir la vida que palpita en sus entrañas. Razones son estas peculiares y privativas de la mujer, que no podrían aplicarse á un tercero, el cual, aun cuando se concierte con la madre, no sólo obra con más premeditación, sino que está inmune personalmente del peligro físico á que aquélla se expone (2). No se presentan, pues, en el tercero aquellos estados de sobreexcitación del ánimo, ni el peligro de muerte á que se arriesga; antes bien, es él quien trata de ofender la integridad personal y salud de dos vidas; hecho este que no podía escaparse como mayor elemento de criminalidad al

(1) V. Pertile: *Storia del diritto italiano*, vol. 5, pág. 562.

(2) *Relación Zanardelli á la Cámara*, vol. 2, pág. 323.

legislador italiano, que penaba en el art. 370 al instigador y auxiliador del suicidio. El art. 381, haciéndose, pues, cargo de los motivos que por razón del sexo del culpable disminuyen la penalidad, dispone lo siguiente: «La mujer que por cualquier medio empleado por ella..., se provoque el aborto, incurrirá en la pena de uno á cuatro años de prisión», mientras que al auxiliador se castiga, por el artículo siguiente, con reclusión de treinta meses á cinco años. De la hipótesis de la ilegitimidad de la prole, el legislador italiano hace un caso separado de disminución de la penalidad, más amplio que el del Código de Cerdeña, porque, sin desconocer que el impulso de la honra sea tan poderoso que lleve á la madre á suprimir el vivo testimonio de ilícitos amores, cree también que la guarda del honor, como patrimonio de toda la familia á que la mujer pertenece, no ya sólo como cosa y bien exclusivo de ella, puede también ser la causa y el móvil de otros complicados en el delito; esta es, en efecto, la razón del art. 385, cuyo texto es el siguiente: «En el caso de aborto provocado para salvar el propio honor ó el de la mujer, de la madre, de la descendiente, de la hija adoptiva ó de la hermana, las penas establecidas en los artículos que preceden se disminuirán de una á las dos terceras partes, y á la reclusión sustituirá la prisión.» No podemos omitir en este punto, como título de mérito en estas disposiciones del Código penal italiano, la observación de que, abrazando con una medida fija de disminución todas las hipótesis examinadas en los artículos precedentes, deja intacta siempre la justa proporción de la pena entre la mujer que obra sobre sí misma y los que sobre ella actúan con el propósito de procurar el aborto, respetando aquel criterio jurídico que sabe distinguir los elementos subjetivos y objetivos del delito, de que ya se ha hablado en este estudio.

58. Entre las legislaciones vigentes que en este delito conceden una disminución de la penalidad á la mujer sólo, debemos recordar el Código húngaro, que en el art. 285 la establece «para la esposa que fuera del matrimonio quedase en-

cinta»; el Código español y el portugués, cuando se refieren al caso del delito de aborto cometido por la mujer «para ocultar su deshonra»; el de San Marino, que en el art. 433 emplea la siguiente fórmula «para conservar buena fama, ocultando el embarazo ilegítimo»; y, en fin, el alemán, que prevé en el § 218 estas circunstancias atenuantes en favor de la mujer culpable. El Código francés es seguramente el más incompleto en esta materia, porque ni distingue entre la fecundación legítima é ilegítima, ni aun si el delito se ha cometido por la mujer misma ó por otro, y, dentro de esta segunda hipótesis, si fué con conocimiento de aquélla ó sin él (art. 317); las graves censuras que con este motivo le dirigieron Chaveau Hélie, nos dispensan de hacer la crítica (1). Tampoco el Código austriaco, § 144, distingue el embarazo legítimo y el ilegítimo, limitándose á imponer á la madre una pena más leve que al extraño. La idea de extender la atenuante de lesión de honor, que se podría llamar, á los parientes de la mujer cuya preñez pudiera avergonzar, no es nueva en el derecho italiano; puesto que en la legislación de las Dos Sicilias, como en el primer Proyecto de Código sardo, y aun en las modificaciones hechas para la aplicación de este mismo en las provincias meridionales, en 1861, encontramos análogas conmutaciones de pena, no ya sólo para la mujer, sino para la familia toda; corresponde, sin embargo, al legislador italiano de 1889 el mérito de haber recogido en los artículos 881 á 885 todos y cada uno de los elementos de responsabilidad, ya de la madre, bien del extraño, en la consumación de este delito, y de haber distinguido las causas de honor de cualesquiera otras concurrentes en él, asignando á cada una el puesto conveniente en el cálculo de la respectiva penalidad; mérito que es tanto mayor, cuanto son menores é imperfectas las disposiciones de todos los demás Códigos pasados y presentes (1).

(1) Chaveau Hélie, *Teórica del Codice penale*, vol. 3, p. 159.

(2) El sistema de nuestro Código sobre el aborto, es el siguiente: distingue

59. Lo mismo que en el aborto, las condiciones especiales de la mujer en el delito de infanticidio han llevado á los legisladores á sentar conmutación de las penas. Apenas tenemos necesidad de hacer observar que esta nueva conmutación se refiere también sólo á la madre que por decoro de su honor mata al fruto ilegítimo de sus amores. Antes de investigar la base racional y jurídica de esta atenuación, que tantas relaciones y puntos de contacto tiene con lo que acabamos de examinar, debemos observar cómo en tiempos pasados sirvieron las mismas circunstancias para agravar la pena: las *Ordenanzas de San Luis*, en Francia, y el Estatuto 21 de Jacobo I, en Inglaterra, conminaban con la muerte á las madres infanticidas, y todavía la Constitución Carolina y las leyes de Suecia le consideran como delito capital. La reacción inaugurada en el campo científico por Beccaria (1), y en el legislativo por el Código austriaco de 1803, condujo, por el contrario, aun manteniendo la mayor gravedad del infanticidio con relación al homicidio; condujo, pues, á descubrir en aquél una circunstancia atenuante, apreciada distintamente, pero unánimemente aceptada por todos los Códigos del siglo, si se exceptúa al francés, que condena con la muerte (arts. 300-302) á la madre y al extraño, reos de estos delitos.

60. La primera investigación sobre el asunto debiera dirigirse á poner en claro si el infanticidio, en su entidad objetiva moral y jurídica, presenta tales caracteres que hagan nece-

---

entre el aborto que la mujer se ocasiona á sí misma y el aborto que produce un extraño. Dentro de la primera hipótesis, distingue, como un caso especial, el del aborto verificado para salvar la honra. En cuanto á la segunda, subdistingue que el tercero obre con consentimiento de la mujer ó sin él, y aun en este caso que obre ó no con violencia. De todos ellos, el que nos interesa es el que la mujer se causa á sí misma. La pena, en este caso, baja en un grado; pero baja sólo para la mujer misma, no para el otro ú otra, quienesquiera que sean, y aunque tengan interés en ocultar la falta, que, con el consentimiento de aquélla, producen el aborto: art. 427.—*(N. del T.)*

(1) *Dei delitti e delle pene*, § 26.

sario para él un tratamiento distinto que el del homicidio común. El análisis lógico y desapasionado que de las razones favorables y adversas á esta idea ha hecho el ilustre Zanardelli en la Relación aneja al Proyecto de 1887, nos exime de esta teoría. Vamos, pues, á reproducirle. «Un examen más detenido del asunto, me decide á abandonar este sistema y á conformarme con el Proyecto de 1868, en el que sólo aparece el infanticidio cuando concurre la circunstancia atenuante del honor. En efecto, bien mirada la cuestión, no es difícil persuadirse de que la sociedad no tiene más cuidado de proteger la vida del niño que la del adulto. La causa principal que suele aducirse al efecto, es la de que el recién nacido se encuentra menos protegido que cualquiera otra persona; pero esta es una razón que prueba demasiado. ¿Quiénes son los que cuidan de la vida de un infante, de un muchacho, sino quienes le han dado la vida ó bien aquellos que le custodian? La ley no puede hacer distinciones para la protección de éste y para la de estas personas, lo mismo que para la del recién nacido. He aquí, pues, que si se hubiese de reputar más grave la muerte de uno de éstos por creer que fuera insuficiente la tutela de su persona, habría también que reputar, por analogía, más grave también el homicidio del joven que salió de la condición de infante.

Tampoco puede decirse que la tutela del infante sea menor hasta que se le inscribe en el Registro civil, ya que hasta entonces su existencia á nadie consta. Es esta una razón muy convencional, que no responde á la realidad de los hechos sobre que se funda todo el Derecho penal. Aun no estando inscrito el niño, otros hechos pueden probar su existencia. La inscripción es sólo un medio que facilita y asegura la prueba de la existencia: no impide que se perpetre el delito bajo el impulso y esperanzas de la impunidad.

Se añade también que el infanticio, en general, ni revela una perversidad mayor de ánimo, ni produce daño mayor también que el homicidio simple. Parece, sin embargo, que debe

considerarse más grave el quitar la vida á un sér que ni física ni moralmente ha llegado á cierto grado de desarrollo, que el de arrancársele á una criatura que apenas ha abierto los ojos á la luz del día. Seguramente no puede sostenerse que la muerte de un hombre conocido de muchos, que ha contraído muchas relaciones jurídicas y sociales, cordiales amistades, etc., que puede ser de grande utilidad y aun de gloria para su país, produzca menores daños y alarma en la sociedad, que la de un sér que sólo cuenta por horas ó por días su edad en el mundo (1).

61. Desde este punto de vista, el legislador italiano ve el infanticidio, en su entidad jurídica y consiguientes efectos generales, de igual modo que cualquier otro homicidio, salvo cuando se comete para ocultar la deshonra. El art. 369, que concuerda con el 350 del Proyecto de 1887, con una leve variación sobre la cantidad mínima de la pena, dispone que «cuando el delito previsto en el art. 464 (homicidio) se cometa en la persona de un niño no inscrito aún en los registros del estado civil en los cinco primeros días después de su nacimiento, para salvar el propio honor ó el de la mujer, de la descendiente, de la hija adoptiva ó el de la hermana, la pena será la de prisión de tres á doce años». El infanticidio, pues, no existe, ni se produce la atenuación de pena si no concurren las circunstancias siguientes: que se consume para salvar el honor, y que se cometa sobre un niño en los primeros cinco días de su nacimiento, y que no esté aún inscrito en el Registro civil; requisito que se explica con la sola consideración de que, una vez verificada la inscripción, cuyo fin es la publicidad del nacimiento, no se puede racionalmente pensar en la excusa del honor. En este delito, como en el aborto procurado, el legislador italiano ha extendido la significación del concepto *tutela del honor*, no contrayéndola á la madre, sino ampliándola á todos aquellos sobre quienes, por causa de los vínculos familiares, pudiera caer la mancha de la deshonra, determinando cla-

(1) *Relación á la Cámara de Diputados*, vol. 3, págs. 292 293.

tamente á qué personas de la familia alcanza esta circunstancia atenuante. Con estas disposiciones, nuestro Código no hace de estas conmutaciones beneficio exclusivo de un sexo, como en otros lo eran, en el de Cerdeña, por ejemplo, que en el artículo 532 sólo estableció para la madre culpable de infanticidio de prole ilegítima la conmutación de la pena de muerte, conminada en el 531, con los trabajos forzados perpetuos ó temporales por plazo mínimo de diez años. Se debe también observar cómo el art. 269 del Código italiano, á diferencia del de Cerdeña, antes que limitar el concepto de la lesión de honor á la *prole ilegítima,* lo ha dejado indeterminado en buena parte, de modo contrario á la modificación de Pessina, que quisiera retornar á aquella fórmula. Decía el ilustre Zanardelli con mucha oportunidad, que «*prole ilegítima*, en la acepción común del lenguaje jurídico, es la nacida fuera de matrimonio, mientras que para la prole nacida en él hay el principio que dice: *pater isi est quem justæ nuptiæ demonstravit;* pero que el legislador no podía limitar la atenuación á sólo los casos de prole habida fuera de matrimonio, pues si la excusa del honor consiste en el propósito de ocultar aquélla, podría muy bien suceder que dicha causa se presentase en el infanticidio de un niño tenido en constancia de matrimonio, siendo fruto, por ejemplo, de adulterio, y ni el marido ni la familia de la madre, ó bien un tercero, le tuvieran por lícitamente concebido; casos estos en que es más imperioso el motivo de ocultar la prole que en los que la mujer cede á un impulso de amor sin hallarse unida en matrimonio» (1).

62. Todas estas aplicaciones de los diversos principios y criterios jurídicos de que tanto cuidado tiene el legislador italiano, apenas si se encuentran en alguna de las legislaciones vigentes ó pasadas, para las cuales la nota característica de la circunstancia excusante del infanticidio se atribuía tan sólo á la madre, y, consiguientemente, se hacían depender del sexo

(1) *Relación á la Cámara de Diputados,* vol 2, págs. 297-298.

del delincuente. Ya hemos expuesto las disposiciones del Código de Cerdeña; el austriaco distingue entre infanticidio cometido por la madre é infanticidio cometido por un extraño, y dentro de la primera hipótesis, que se trate de prole legítima ó ilegítima (§ 144); en el primer caso, la pena de muerte se conmuta por la prisión perpetua; en el segundo, en prisión de diez á veinte años. El Código de San Marino, mientras por un lado agrava más la pena del infanticidio que la del simple homicidio, por otro concede una notable disminución *á la madre que le cometa con el propósito de conservar su buena fama* (artículo 439). Los Códigos de Neufchatel (art. 172), Friburgo (artículo 134), Ginebra (art. 257) y Vaud (art. 218), separan el infanticidio del homicidio, teniendo á aquél por menos grave sólo *cuando se cometa por la madre.* Los Códigos alemán (§ 257) y belga (art. 396), la ley sueca (cap. 14, § 22 y siguientes), el Código de Berna (art. 129), el de Zurich (§ 131) y el de Hungría, contienen medidas especiales para el *infanticidio de descendencia ilegítima cometido por la madre;* el Código húngaro limita el concepto de ilegítimos á la prole nacida fuera de matrimonio, y el de Zurich extiende el beneficio de disminución de la pena á los cómplices (§ 132). Disminuyen la pena del homicidio cuando la víctima es un niño y el delito se ha cometido *para ocultar la deshonra,* el Código portugués (párrafo 1.º del art. 356) y el español (art. 424), extendiendo entrambos el beneficio de la atenuación á los *cómplices parientes*, siendo, por consiguiente, éstos dos los que más se aproximan al Código italiano (1). No queremos callar, por último, las disposiciones

(1) La muerte de un niño no deja de ser un caso del homicidio genérico en nuestra legislación, mientras no se verifique en determinadas condiciones. Para que pueda llamarse *infanticidio,* es preciso que se cometa por su *madre* ó *abuelos maternos* para evitar la deshonra de aquélla y que la víctima no pase de tres días. «Fuera de estos casos, dice el Código mismo—art. 424,—el que matase á un recién nacido incurrirá en las penas del parricidio ó del asesinato» (ó del homicidio, aunque se desnaturalice algo el sentido etimológico de la palabra, harto desnaturalizada ya en el parricidio). La circunstan-

del Código holandés; este Código distingue dos hipótesis: que el infanticidio se cometa por la madre bajo el miedo de que se descubra su alumbramiento (art. 290), ó bien que se cometa en ejecución de la resolución tomada por el temor de que se descubra un próximo parto (art. 291); pero en una como en otra, sigue el principio de considerar la atenuación como exclusivo patrimonio del sexo (1).

---

cia de los tres días es la misma expresada en otras legislaciones con las frases, «antes de haber sido inscrito en el Registro civil»; en efecto, según el art. 45 de la ley Provisional (provisional, y dada en 1870, el Código la deja subsistente) de Registro civil, dentro del término de tres días, á contar desde aquel en que hubiese tenido lugar el nacimiento, debe hacerse la declaración é inscripción de éste. Y es la misma, además, que la primera, la de ocultar la deshonra, porque precisamente, como ha hecho observar muy bien el señor Mortara, el acto de la inscripción equivale á la publicación del nacimiento, publicidad que es la que se trata de evitar con el delito. Por último, nuestro Código no distingue entre filiación legítima ni ilegítima.—*(N. del T.)*

(1) Sobre el estado actual de las legislaciones en esta materia, puede consultarse con fruto á Stoppato: *Infanticidio e procurato aborto.*

ARISTO MORTARA.

(Continuará.)

SOBRE LA REDENCIÓN DE CENSOS ENFITÉUTICOS

En la *Gaceta* de 29 de Febrero del corriente año se inserta una sentencia del Tribunal Supremo de 3 del mismo mes y año, cuya doctrina nos parece contraria al espíritu y letra del Código civil, y de gravísimas consecuencias para la *movilización* de la propiedad inmueble, ideal de los tratadistas de derecho civil en esta materia, al que han tendido con más ó menos eficacia todas las reformas legislativas, principalmente en nuestra época.

Grande es el respeto que nos merece el Tribunal Supremo de Justicia. Magistrados encanecidos en la recta aplicación de las leyes, suficiencia bien probada, ya en obras doctrinales, ya en sentencias, que fijan en su mayoría, con claridad y precisión, el derecho, son títulos, fuera de los legales, más que suficientes á nuestra consideración y que tocan nuestro ánimo de cierto temor al emprender la tarea crítica que nos hemos impuesto. Salvado, sin embargo, el respeto que ese alto Tribunal nos merece, como la doctrina de la sentencia de 3 de Febrero puede ser un error ó un descuido justificable para los que conozcan el modo especial de funcionar de los Tribunales colegiados, abrigamos la ilusión de que los dignísimos Magistrados que la firmaron, si por acaso cayera este artículo en sus manos, no encontrarían muy descaminada y falta de razón á nuestra crítica.

No creemos que desde la vigencia del Código civil haya he-

cho el Tribunal Supremo una interpretación de los preceptos de aquél, tan equivocada ni tan perjudicial, y esto nos mueve á hacer un detenido examen de la sentencia citada, esperando que personas de verdadera autoridad fijarán su atención en este punto, é ilustrándolo con sus superiores conocimientos, formarán una *interpretación doctrinal* del art. 1611 del Código civil, contraria á la *interpretación usual* que vamos á combatir, y que, apoyada aquélla por alguno de los eminentes jurisconsultos que tienen asiento en las Cortes, solicitaran de ellas una *interpretación auténtica* por medio del correspondiente proyecto de ley, en el que, dando nueva redacción al art. 1611 del Código, se exprese aún con mas claridad que hoy lo está el pensamiento del legislador, evitándose por este medio los graves perjuicios, que, á partir de la sentencia de 3 de Febrero, han de seguirse á todos los propietarios de fincas gravadas con censos enfitéuticos.

Para proceder con método, expondremos los hechos que dieron lugar al pleito, causa de la sentencia, y los fundamentos de derecho del fallo del Supremo.

Constituído en 1754 un censo enfitéutico sobre ciertos terrenos, los actuales poseedores de éstos acudieron al Juzgado de primera instancia, consignando la suma correspondiente para redimir dicho censo, capitalizando la pensión al 3 por 100. El censualista, después de negarse á la admisión de la cantidad consignada, formuló demanda reclamando el laudemio que le correspondía por la venta de los expresados terrenos hecha por los censatarios sin estar redimido el censo, puesto que aquéllos se habían limitado á la consignación del capital en el Juzgado, capital no aceptado por el censualista. Esta pretensión fué otorgada por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona y por el Tribunal Supremo, al declarar no ser lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de aquélla Sala.

Y no se tuvo en cuenta para ello, ni los términos en que parecía planteada la cuestión, á cuyo fallo podía llegarse sin

necesidad de interpretar el art. 1611, ni tampoco la circunstancia importantísima de tratarse de un territorio sometido á la legislación foral y en el cual el Código civil no tiene aplicación sino como derecho supletorio, del considerado en Cataluña como supletorio, que lo es, como sabemos, el canónico, el romano y la costumbre. Si alguno de estos puntos se hubieran tocado y resuelto en la sentencia, tendríamos el fallo como acertadísimo, ó á lo más sería, en aquélla objeto de controversia sus fundamentos, al decidir si era ó no aplicable á Cataluña el art. 1611 del Código civil, por estar de acuerdo ó en contradicción con preceptos de sus fuentes legales preferentes. Pero no se siguió ninguno de esos caminos, sino que, dando por supuesta la fuerza legal del art. 1611 en Cataluña, se fundamenta la doctrina de la sentencia, como veremos en la interpretación de aquel artículo.

Doctrina del Tribunal Supremo:

«Después de definir el Código civil en su art. 1604 el censo, de expresar el 1608 una de las condiciones de su naturaleza y de establecer el 1611, en sus párrafos 1.º y 2.º, el principio y forma de la redimibilidad de los constituídos antes de la promulgación del Código, se declara en el último párrafo que lo dispuesto en este artículo no será aplicable á los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial.

»Aparte el sentido de esta excepción, fundada en las reglas especiales que requieren los censos ó gravámenes en que resultan divididos los dominios, la expresión absoluta de sus términos no permite legalmente sustraer de ella el censo enfitéutico, cuya naturaleza es esencialmente idéntica á la de los foros y subforos, según se reconoce en el mismo Código al tratar de los foros y otros contratos análogos al de enfiteusis, y al regular los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico.

»A esta interpretación, fundada á la vez en el literal contexto del precepto y en la razón de la ley, no se opone lo dispuesto en el art. 1651 del expresado Código, porque, así como el 1611 se refiere á los censos constituídos con anterioridad á la publicación de dicho cuerpo legal, este último sólo comprende los que se constituyan en adelante, según las reglas determinadas en un capítulo distinto sobre la base esencial de la fijación del valor de la finca de la pensión anual que haya de satisfacerse, y el cumplimiento de los pactos que sobre cualesquiera otras prestaciones se estipulen.»

Para refutar esta doctrina, copiaremos en primer lugar el párrafo 1.º del art. 1608, que dice: «Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital ó de la cosa inmueble sea perpetua ó por tiempo indefinido; sin embargo, el censatario podrá redimir el censo *á su voluntad*.» De la lectura del anterior párrafo resulta, que no es el objeto de ese artículo el expresar una de las condiciones del censo, como en términos bastante vagos se dice en la sentencia, sino el de establecer el principio absoluto de la redimibilidad de todos los censos, incluso los constituídos con anterioridad á la promulgación del Código.

Sentado este principio, y después de establecer en el último párrafo del art. 1608 y en los artículos 1609 y 1610 diversas condiciones para la constitución y redención de las tres clases de censo que el Código admite, ó sea el enfitéutico, el consignativo y el reservativo, pasa á dar reglas para la redención de los mismos constituídos antes de la promulgación del Código, estableciendo en el art. 1611, que si no fuera conocido el capital, se regulará éste por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3 por 100. Y en el párrafo 3.º de este mismo artículo establece una excepción, en los siguientes términos: «Lo ispuesto en este artículo no será aplicable á los foros, subfo-os, derechos de superficie y cualesquiera otros semejantes, en s cuales el principio de la redención será regulado por una y especial.»

En esta excepción fundamenta el Supremo su doctrina, y

argumenta: el censo enfitéutico es de naturaleza idéntica al foro, y como todos los derechos semejantes á éste, su redención se regulará por una ley especial.

Con semejante interpretación salta á la vista, de ser cierta, una falta, no sólo gramatical y lógica, sino de sentido común en los redactores del Código, pues sabido es que en toda enumeración se empieza por nombrar la más importante de las cosas que se enumeran, y aun podía darse el caso de que, por un descuido, no disculpable ciertamente á legisladores, no se siguiera en la enumeración el orden gramatical y lógico; pero no es concebible que se prescinda de enumerar la principal, se nombren las secundarias y se considere á aquélla comprendida entre éstas.

Á tal absurdo nos lleva la doctrina del Supremo.

El censo enfitéutico, por su antigüedad, por lo generalizado de su uso, por su reconocida utilidad en determinadas circunstancias, puede considerarse, por decirlo así, como el censo tipo, á cuya semejanza se han formado todas aquellas limitaciones de la propiedad que tienen por fundamento la ficción de la división del dominio. El foro, el subforo y demás derechos análogos, ni tienen la antigüedad de la enfiteusis, ni su importancia, pues su uso no es general, no habiéndose practicado más que en Galicia, Asturias y alguna parte de León.

Admitido esto como indudable por todo el que haya saludado la historia del derecho, resulta, según el Supremo, que los legisladores del Código lo ignoraban, pues siendo su propósito exceptuar en el art. 1611 la redención por voluntad de los censatarios de la enfiteusis, los foros, subforos y demás derechos semejantes, se dejaron en el tintero nombrar lo principal, que tiene su nombre propio, y lo dieron como comprendido entre los derechos semejantes innominados.

Por fortuna, los ilustrados redactores del Código civil, á cuya cuenta cargamos con frecuencia defectos que sólo existen en la errónea interpretación que en la práctica hacemos de su obra, no incurrieron en tales faltas.

Establecieron en el art. 1611 la excepción de los foros, subforos y demás derechos semejantes; pero no fué su ánimo incluir en ella el censo enfitéutico, de naturaleza semejante, si bien no idéntica, como asegura el Supremo, á la de los foros.

Y esa razón que da la sentencia en apoyo de la identidad de la enfiteusis y el foro, prueba evidentemente la ligereza con que se ha formulado su doctrina. La enfiteusis, dice, es idéntica al foro, porque el Código establece que los foros y cualesquiera otros gravámenes semejantes que se constituyan con posterioridad á su promulgación, cuando sean por *tiempo indefinido*, se regularán por las disposiciones establecidas para las enfiteusis; pero se ha olvidado que el artículo que eso preceptúa, que es el 1655, tiene un segundo párrafo que establece que si los foros y demás derechos análogos fueren *temporales*, se estimarán como arrendamientos, y se regirán por las disposiciones relativas á este contrato. Resulta, pues, que siguiendo el criterio del Supremo y por la misma razón, el foro es de naturaleza idéntica al arrendamiento, y aplicando uno de los primeros principios de conocimiento: «dos cosas iguales á una tercera, son iguales entre sí», tendríamos que la enfiteusis y el arrendamiento eran de naturaleza idéntica; que á tales conclusiones nos lleva la lógica cuando se parte de falsas premisas.

Hay una diferencia esencial entre la enfiteusis y el foro, y precisamente esa diferencia que ha producido ya leyes especiales, la de 20 de Agosto de 1873, para la redención de los foros, subforos y otros derechos semejantes, sin incluir entre ellos, como es natural, á la enfiteusis, es la que ha movido á los legisladores á no resolver la discutida cuestión de la redención de los foros, dejándolo para una ley especial, principalmente por el aspecto político-económico del asunto, puesto que la resolución que en este punto se adopte puede afectar á la tranquilidad pública de las provincias, donde el foro constituye el modo general de ser de la propiedad rústica.

¿Cuál sea esa diferencia?

El censo enfitéutico es una ficción legal, en cuya virtud el

dominio, que es en sí indivisible, se divide entre dos personas: el señor del dominio directo y el del útil. El primero tiene derecho á cobrar del segundo una pensión anual en reconocimiento de su dominio y el laudemio, y puede ejercitar además los derechos de tanteo, retracto y comiso de la finca censuada. El segundo, mediante el cumplimiento de las antedichas obligaciones, gozará *perpetuamente* el dominio útil de la finca gravada con enfiteusis.

La enfiteusis fué conocida de los hebreos, griegos y romanos: el sólo hecho de tan larga vida acreditaría su bondad. Grandes son, en efecto, los beneficios que ha producido esta combinación en el desarrollo de la riqueza pública.

En el origen de todos los pueblos no puede por menos de encontrarse la ocupación de determinado territorio por razas ó tribus que, ya por causas políticas, ó por las económicas del desarrollo progresivo de la población, tuvieron que abandonar el que primitivamente ocuparon. Si los nuevos territorios que estas razas y tribus se apropiaban, eran *nullius*, la ocupación se verificaba pacíficamente; si, por el contrario, eran poseídos por pueblos que les habían precedido, producíase la guerra, y si los invasores vencían la conquista del territorio.

Pero fuera la ocupación, ya pacífica, ya violenta, los jefes, los primates, las clases directoras, que en todo tiempo han existido y existirán, variando sólo los nombres, nunca la esencia, llegado el momento de la distribución del territorio ocupado ó conquistado, se adjudicaron grandes extensiones de terreno, alguno cultivado, la mayor parte baldío. Encontráronse pues, en virtud de esas adjudicaciones, constituídos en grandes propietarios territoriales, pero de una propiedad que poco ó nada les producía, pues no podían dedicarse á su mejoramiento y cultivo personalmente, ni arrendarla, por tratarse de terrenos en su mayoría incultos, que necesitaban grandes trabajos hasta ponerlos en estado de producción, y era preciso, por tanto, buscar un medio que permitiera interesar á los agricultores en el fomento y cultivo de esos yermos territorios,

acrecentando con ello la riqueza general, y que al mismo tiempo salvara el derecho de propiedad de los dueños de las tierras.

Este medio encarnó maravillosamente en la enfiteusis.

Por su acertado mecanismo y partiendo de la ficción legal de la división del dominio, el propietario de extensos é improductivos terrenos pudo reducirlos á cultivo, enajenando *perpetuamente* el dominio útil de los mismos á los labradores, que con el estímulo del interés personal de quienes trabajaban en cosa propia, despertaron las fuerzas dormidas de la naturaleza, convirtiendo bien pronto los eriales en tierras de feraz cultivo, y conservando aquél sobre dichos terrenos el dominio directo, mediante el pago de una pensión ó canon anual, y los derechos de laudemio, tanteo, retracto y comiso.

La combinación era en extremo beneficiosa para propietarios y colonos, y el éxito no podía por menos de coronarla.

Así fué, en efecto; pues puede asegurarse, sin temor á ser desmentido, que en el título primitivo de casi toda propiedad rústica hay una enfiteusis; debiendo hacer aquí constar, que aunque sólo hemos hablado de la propiedad rústica, la enfiteusis se aplicó también por parecidas causas y con idéntico resultado á la propiedad urbana.

La enfiteusis, que, como dejamos dicho, ha prestado importantes servicios, da, sin embargo, á los bienes á que afecta el carácter de *comunes*, pues tanto el dueño directo, como el útil, tienen derechos en ellos; derechos que mutuamente se limitan y que privan á la propiedad de ese carácter de libertad tan necesario y conveniente para su desenvolvimiento económico.

Los ilustres jurisconsultos que colaboraron en la redacción del Código civil no pudieron desconocer ese principio del derecho científico, y siguiendo los precedentes establecidos por a ley 24 y otros del tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilaión, lo confirmaron expresamente al declarar en el art. 1608 a redención de todos los censos. Mas como todo precepto reulador de derechos civiles, y muy especialmente los que afecn á la propiedad, ha de dictarse para que arraigue, teniendo

en cuenta, no sólo los inflexibles cánones de la ciencia, sino también el respeto al estado de derecho creado por legislaciones anteriores, los autores del Código, si bien establecieron el principio de la libertad de la propiedad inmueble, no desatendieron los respetables derechos de los condueños en la propiedad enfitéutica.

Así tenemos que, con arreglo al Código, si el dueño del dominio útil de una finca quiere libertarla, acude al señor directo para que redima la carga, entregándole el capital del censo, y si éste fuera desconocido, el que resulte capitalizando la pensión al 3 por 100. Dando, pues, al dueño directo el capital que representa la pensión que cobra, en nada se perjudica su derecho, y el dueño del dominio útil obtiene el pleno de la finca. Y si á esto se objetara que al señor directo se le perjudica, pues no se le entrega más que el capital del censo, y de continuar éste existente cobraría además el laudemio en las traslaciones de dominio, puede contestarse que ese perjuicio no es tal desde el momento en que los señores directos pueden á su voluntad evitarlo. Sabemos que entre los derechos de la enfiteusis está el de tanteo, y en su virtud, si el señor directo cree que se perjudica con la redención, puede quedarse con la finca en el tanto y reunir los dos dominios, quedando también por este camino la propiedad libre.

Hay, pues, con la aplicación de los preceptos del Código, armonía entre los derechos del dueño del dominio directo y el del útil, no necesitándose legislación alguna especial que los regule.

Otra cosa muy distinta sucede con los foros, y de aquí su diferencia esencial con la enfiteusis y la excepción que el Código ha establecido para su redención.

Los foros son la enfiteusis, pero la enfiteusis *temporal*, ó sea aquella en que la enajenación del dominio útil no se hizo á perpetuidad, sino por un número determinado de años, generalmente *por la vida ó voces de tres señores Reyes y veintinueve años más.*

Establecido esto como evidente, pues no se podrá citar un solo foro que no sea temporal, salta á la vista que hay muchos más puntos de contacto entre el arrendamiento y el foro que entre éste y la enfiteusis, y así lo da á entender el Código en el artículo que dejamos citado.

La antigüedad del foro, aunque algunos jurisconsultos quieren remontarla al derecho romano, no creemos pueda sostenerse con fundamento tal opinión; y siguiendo la de los que más han profundizado en esta materia, afirmamos que arranca de la época de la Reconquista.

La poderosa ayuda que en aquella lucha titánica por nuestra fe é independencia prestaron al Poder Real, la Iglesia, la nobleza, los pueblos, fué recompensada por los Monarcas con la concesión de gran parte de los terrenos reconquistados. Surgió indudablemente entre los grandes propietarios de esos terrenos el problema á que dió solución en época lejana la enfiteusis; mas una circunstancia, que sólo como hipótesis establecemos, hizo, á nuestro juicio, que aquélla se modificara, convirtiéndose en temporal y dando origen al foro.

El amor, el interés del individuo por sus sucesores, no se extiende más allá de aquellos que puede conocer; no pasa por tanto, en la generalidad de los casos, de la tercera generación: por el contrario, en las corporaciones, cuya vida, como institución, ha de ser perpetua, en que no se tiene para nada en cuenta el individuo, sino el superior concepto de la personalidad jurídica que constituyen, el interés de cada uno de sus miembros por la sociedad, se extiende indefinidamente.

De aquí que al establecerse la enfiteusis, los propietarios de los terrenos, teniendo sólo en cuenta el interés propio y el de sus próximos sucesores, se contentaran con asegurar las rentas del canon anual, enajenando perpetuamente el dominio útil, que necesitaba largo tiempo para tener valor; de aquí también que la Iglesia, poseedora de grandes propiedades que la Reconquista puso en sus manos, teniendo la vista fija en el fin espiritual y perpetuo de su institución, comprendiera lo be-

neficioso que para ella resultaría convertir la enfiteusis de enajenación perpetua del dominio útil en temporal, pues transcurrido cierto tiempo se encontraría dueña absoluta de grandes extensiones de terreno en estado de producción. Esta modificación de la enfiteusis no encontró resistencia en los agricultores, pues siendo muy largos los plazos que habían de disfrutar las fincas aforadas, se veían convertidos ellos, sus hijos y sus nietos en propietarios, y si esa propiedad la habían de perder, cuando eso sucediese ya no afectaba directamente ni al forero ni á sus próximos sucesores. Claro está que, admitida sin resistencia esa modificación de la enfiteusis, siendo muy beneficiosa para los propietarios de las tierras, todos la aceptaron, y el foro sustituyó en la generalidad de los casos á la enfiteusis.

Pero admítase ó no como cierta esta hipótesis que establecemos sobre el origen del foro, es indudable que éste aparece y se generaliza á partir de la Reconquista en las provincias de Galicia, Asturias y parte de León, y que su constitución, establecida más por la costumbre que por contrato escrito, fué siempre temporal.

Los primeros foreros y sus descendientes más próximos ninguna dificultad encontraron; pagaban sus pensiones al foratario y cultivaban y tenían por suyas las tierras aforadas. Las dificultades aparecen desde el momento que se cumple el plazo del contrato de foro y los propietarios de las tierras aforadas reclamaron su devolución á los foreros.

En términos de estricto derecho, toda la razón estaba de parte de los foratarios, pues se limitaban á pedir el cumplimiento de un contrato otorgado con arreglo á derecho, y en cuya virtud, terminado el plazo por el cual se cedió el dominio útil de las fincas aforadas, éstas debían pasar á ser de su pleno dominio; entabláronse, pues, demandas de desahucio contra los que se negaban á devolver las fincas aforadas; demandas que no hubieran podido por menos de prosperar si una cuestión de hecho no se hubiera interpuesto en su camino, impidiendo su legal desenvolvimiento.

Esa cuestión de hecho era, que la propiedad rústica estaba constituída, en Galicia y Asturias, casi exclusivamente por el foro y subforo, que merced á esas combinaciones, dicha propiedad se encontraba muy dividida; que casi todos los labradores de esos territorios eran, ó, mejor dicho, se tenían por propietarios de las tierras que regaban con el sudor de sus frentes, que habían recibido de sus antepasados como propias; y que lanzar de sus tierras á los foreros, convirtiéndolos súbitamente de propietarios en obreros, sobre no ser, aunque legal, muy equitativo, envolvía una cuestión político-económica y social de muy difícil solución.

Así lo comprendió el Real Consejo de Castilla, mandando suspender todos los pleitos pendientes sobre devolución de las fincas aforadas, creándose una interinidad de derecho, que en vano trataron de resolver las leyes de 20 de Agosto y 16 de Septiembre de 1873 sobre la redención de foros, subforos y otros derechos semejantes, pues fueron suspendidos sus efectos por Real decreto de 20 de Febrero de 1874.

El Real decreto de 8 de Noviembre de 1875 prometía en su preámbulo dar solución al problema; pero no habiéndose afrontado tampoco en el Código las dificultades para resolverlo, aun estamos esperando el cumplimiento de aquellas promesas. Lo que puede sin genero alguno de duda asegurarse, es que, para ser justa, la solución ha de separarse bastante de la que el Código da para la redención de los censos enfitéuticos.

Aunque la materia se presta á ser tratada con mayor detenimiento, creemos haber dicho lo bastante en apoyo de nuestra opinión, pues establecida con toda la claridad que nos ha sido posible, la diferencia entre la enfiteusis y el foro, y explicadas las razones que han tenido los legisladores del Código civil para no establecer la redención de los foros, subforos y demás derechos semejantes, razones que no pueden tener aplicación á la enfiteusis; queda por tanto fuera de toda duda que ésta no se halla comprendida en la excepción del art. 1611 del Código.

Expusimos al principio de este artículo los grandes per-

juicios que la interpretación del Tribunal Supremo, que combatimos, ha de producir; no queremos terminarlo sin hacer resaltar cuáles sean en la práctica los principales.

La institución oficial en España del crédito territorial, el Banco Hipotecario, no hace préstamos sobre fincas afectas á cargas de ninguna especie; muchos particulares siguen el mismo camino, y no sólo no prestan sobre fincas censuadas, sino que tampoco las admiten en venta no estando completamente libres la propiedad con esas trabas y sin medios legales de destruirlas, no es verdadera propiedad.

Y se nos ocurre preguntar: ¿todo lo que hemos adelantado en tan importante materia con la publicación del Código civil, es dar un salto atrás, un verdadero retroceso, puesto que ya la Novísima dispuso la redención de toda clase de censos, con la excepción de los foros, subforos y otros análogos?

No podemos creerlo, dada la reconocida ilustración de los redactores del Código, y sostenemos con un convencimiento profundo, nacido del estudio detenido de los textos legales, que el censo enfiteutico, constituído antes de la vigencia del Código, es redimible á voluntad del censatario, y que urge la rectificación de esa torcida jurisprudencia del Tribunal Supremo, recurriendo para ello á los Cuerpos Colegisladores, que en nada podían emplear mejor el tiempo que ocupándose de una cuestión, modesta en apariencia, pero de grandísima importancia para la vida civil en uno de sus aspectos más esenciales, cual lo es el derecho de propiedad.

SANTIAGO SENAREGA.

BIENES RESERVABLES

CONSULTA

ANTECEDENTES

D. Marcial Prieto Ramos dejó á su fallecimiento un hijo llamado Alfonso, de su matrimonio con Doña Julia Revilla, y dos hijas, María y Marciala (esta última póstuma), de su último matrimonio con Doña Angela Alvarez Prieto.

En las operaciones particionales de la consiguiente testamentaría se lee, entre otros, el siguiente supuesto:

«Octavo. Habiendo fallecido en esta villa el 23 de Septiembre del mismo año 1890 la niña Marciala, acudió su madre (Doña Angela Alvarez Prieto) al Juzgado, en solicitud de que se la declarase heredera abintestato de su indicada hija, lo que tuvo lugar por auto de 15 de Enero de 1891, cuyo testimonio también se acompaña. En su consecuencia, la porción legítima de bienes de esta testamentaría, correspondientes á la niña Marciala, se ha transmitido por ministerio de la ley, mediante la judicial expresada declaración, á su madre Doña Angela, á quien se hará la oportuna hijuela, como heredera de su hija y en representación de la misma, debiendo inscribirse los bienes inmuebles en el Registro con la cualidad de reservables, constituyendo, además, la correspondiente garantía de los bienes muebles.

»Todos estos bienes han de reservarse para los demás herederos, en virtud de la sucesión troncal que claramente establece el art. 811 del Código, convirtiéndose esta heredera en usufructuaria vitalicia sobre los indicados bienes, y sujeta, por tanto, á nuestro modo de ver, á las obligaciones consigna-

das en los artículos 491 á 512, sin que, mientras existan dichos herederos y aun parientes dentro del tercer grado civil por la línea paterna, pueda la Doña Angela enajenar estos bienes de reserva troncal. La nuda propiedad de dichos bienes corresponde, por consiguiente, á Alfonso y María Angel.»

El Letrado D. Eleuterio Esteban y Adánez, que ha formado las referidas particiones, siguiendo la doctrina sentada en el supuesto transcrito, hace su correspondiente hijuela á la niña Marciala Prieto Alvarez, y en su represesentación, como heredera de ella, á su madre Doña Angela, con la obligación de reservar dicha porción á su hija María Angel y á su entenado D. Alfonso Mariano Prieto Revilla. Mas como estima ser sólo la Doña Angela usufructuaria vitalicia de dichos bienes, así se los adjudica, haciendo hijuela por iguales partes de la nuda propiedad de ellos á María y Alfonso.

Después de formulado el referido supuesto octavo, y hechas sus aplicaciones, ha fallecido la niña María, única hija que quedaba del matrimonio de D. Marcial con Doña Angela.

Doña Angela Alvarez Prieto, viuda del causante D. Marcial Prieto Ramos, antes de proceder á la aprobación de las referidas operaciones particionales, pregunta:

Primero. ¿Tiene Doña Angela obligación de reservar las porciones legítimas de bienes de esta testamentaría, correspondientes á las niñas Marciala y María, que le han sido transmitidas por ministerio de la ley, mediante la declaración judicial de heredera, como madre de las expresadas niñas?

Segundo. En caso afirmativo, ¿á favor de qué parientes ha de reservar Doña Angela los referidos bienes?

Tercero. La citada Doña Angela, ¿tiene obligación de constituir garantía para responder de los bienes muebles que tengan ese carácter de reservables?

Cuarto. ¿La obligación de reservar, ¿convierte á Doña Angela en usufructuaria vitalicia de los bienes que hereda de sus hijas, haciéndose hijuela de la nuda propiedad de dichos bienes á favor de su entenado Alfonso Prieto Revilla?

Quinto. ¿Tiene facultad Doña Angela para enajenar los bienes reservables?

DICTAMEN

Todas las cuestiones propuestas refiérense á la aplicación del art. 811 del Código civil al caso de la sucesión de D. Marcial Prieto, y por tanto, á la interpretación que de dicho artículo debe hacerse conforme á los principios generales de nuestro derecho.

El Letrado que suscribe ha estudiado detenidamente los antecedentes de hecho y las aplicaciones jurídicas pertinentes al caso; y al formular su opinión, como lo hace en este dictamen, seguirá el orden de las cuestiones propuestas.

I

¿Tiene Doña Angela Alvarez Prieto obligación de reservar las porciones legítimas de bienes de la testamentaría de su difunto marido D. Marcial Prieto Ramos, correspondientes á las niñas Marciala y María, y que le han sido transmitidas por ministerio de la ley, mediante la declaración judicial de heredera, como madre de las expresadas niñas?

Sin vacilación de ningún género, el Letrado que suscribe da contestación afirmativa á esta primera pregunta.

En efecto, en el caso propuesto procede desde luego la aplicación del art. 811 del Código civil, y por tanto, Doña Angela estará obligada á reservar los bienes que por ministerio de la ley ha adquirido como legítima heredera de sus hijas Marciala y María á favor de los parientes de éstas dentro del tercer grado que pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden, es decir, á favor del niño Alfonso, hermano de padre de las expresadas niñas.

No es posible en buenos principios de interpretación poner en duda esta obligación de reservar, bajo el especioso pretexto

de que el art. 811 del Código civil se refiere á la reserva de los ascendientes en general, no comprendiendo al padre ó madre, porque ni la interpretación gramatical, ni la lógica, ni la sistemática de dicho art. 811 pueden sancionar semejante opinión. Basta la lectura del texto legal: *el ascendiente que heredase de su descendiente*, para comprender que en el valor gramatical de estas palabras tan comprendidos están los padres, como los abuelos. Del mismo modo, la lógica más elemental nos enseña que la misma razón legal existe para imponer esta reserva á un abuelo que para imponérsela á un padre, toda vez que el legislador se ha inspirado en el principio de troncalidad, por lo que otorga esta reserva á favor de los parientes que estén en tercer grado y *pertenezcan á la línea de que los bienes proceden.*

Por otra parte, obsérvese que este art. 811 se encuentra en una Sección del Código que lleva por epígrafe *De las legítimas*, en la que se viene dando á la palabra *ascendientes* su genuino valor, comprendiendo en ella tanto á los padres como á los abuelos; y finalmente, que en el art. 968 se esclarece hasta la más pequeña duda que un espíritu meticuloso pudiera tener respecto á este punto. Dice el art. 968: «*además de la reserva impuesta* en el art. 811, el viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio estará obligado á reservar», etc.; lo que significa clara y sencillamente que en este art. 968 se somete al viudo ó viuda á una obligación de reservar, *además de la que le impone el artículo 811.* Es decir, que el viudo ó viuda está sujeto por la ley *á dos reservas* diferentes, que bien pudieran coexistir en el caso de realizarse los hechos que ambas presuponen.

Es, pues, indudable, que la obligación de reservar establecida en el art. 811 del Código civil, es *además y sin perjuicio* de la que prescribe el art. 968, porque así éste terminantemente lo ordena, y porque la palabra *ascendiente,* que el art. 811 emplea, comprende lo mismo á los abuelos que á los padres.

Por último, esta doctrina ha sida aceptada por la Dirección general de los Registros y por el Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que la Dirección general, en sus Resoluciones

de 5 de Junio de 1892 y 5 de Enero de 1893, así como el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de Diciembre de 1892, parten del supuesto, en los distintos casos sometidos á su decisión, de reservas impuestas por el art. 811 *á padres* y resuelven las diferentes cuestiones ante ellos ventiladas, sin que ni directa ni indirectamente formulen ni aun la más pequeña duda acerca de la aplicación á los padres del art. 811 tantas veces citado.

II

¿A favor de qué parientes ha de reservar Doña Angela los referidos bienes que por ministerio de la ley ha heredado como madre de las referidas niñas?

De la lectura del supuesto 8.º transcrito en los antecedentes de esta consulta, parece deducirse la doctrina de que, en opinión del Letrado que ha dirigido la formación de las particiones, esa reserva procede á favor de cualquier pariente dentro del tercer grado civil por la línea *paterna*, sin que se exprese en el mencionado supuesto si esos parientes dentro del tercer grado deben referirse al ascendiente de quien proceden los bienes ó á los descendientes de cuya sucesión se trata. Es decir, sin determinar si ese parentesco de tercer grado se refiere aquí á D. Marcial Prieto, ó si, por el contrario, debe concretarse á las niñas Marciala y María.

El Letrado que suscribe opina desde luego que el parentesco dentro del tercer grado, de que habla el art. 811, debe referirse á los descendientes, ó sea á las niñas Marciala y María, y circunscribirse á la línea de donde los bienes proceden.

En efecto, ¿qué hecho de sucesión es el que engendra la obligación de reservar de que aquí se trata? ¿Es acaso la muerte de D. Marcial Prieto? No. Su sucesión está terminada; y por el hecho de haberse abierto, ninguna aplicación tiene la reserva del art. 811. Esta ha surgido únicamente cuando un

nuevo hecho, la muerte de la niña Marciala, se ha realizado, cuando la sucesión de esta niña se ha abierto, cuando los bienes de la línea paterna que á esa niña correspondían han sido adquiridos por Doña Angela por ministerio de la ley, como heredera abintestato de su hija. La madre, como más próximo ascendiente, ha heredado á su hija; pero en los bienes que procedan de otra línea, tendrá obligación de reservar á favor de los parientes de esa línea; pero parientes ¿de quién? Del descendiente de cuya sucesión se trata, de la niña Marciala, y dentro de la línea de que proceden los bienes; es decir, de la paterna.

Por consiguiente, Doña Angela tendrá obligación de reservar los bienes que por ministerio de la ley ha adquirido de sus hijas Marciala y María, procedentes de la línea paterna, á favor de los parientes de sus hijas dentro del tercer grado y de la línea paterna de que proceden los bienes.

Esta opinión del Letrado que suscribe ha recibido ya la sanción de nuestra jurisprudencia, que ha resuelto, en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 16 de Diciembre de 1892, esta importantísima cuestión, determinando que el punto de partida para computar el tercer grado de parentesco á cuyo favor se otorga esta reserva, es el descendiente de cuya sucesión se trata.

El art. 811, dice el Tribunal Supremo en la citada sentencia, «no se ha referido, con respecto al grado de parentesco que menciona, sino al que mediare entre la persona á cuyo favor debe hacerse la reserva y el descendiente de quien proceden inmediatamente los bienes, toda vez que del fallecimiento de éste se derivan y arrancan precisamente el derecho y la obligación de reservar que el propio artículo establece».

III

La citada Doña Angela, ¿tiene obligación de constituir garantía para responder de los bienes muebles que tengan el carácter de reservables?

También en esta pregunta el Letrado que suscribe contesta afirmativamente, y opina que Doña Angela está obligada á garantir con hipoteca la restitución ó el valor, según los casos, de los bienes muebles que tengan el carácter de reservables.

Cierto es que el legislador, después de establecer en el artículo 811 del Código civil la obligación de reservar á que nos venimos refiriendo, nada añade acerca de los desenvolvimientos naturales de la institución que crea. Es, pues, necesario suplir el silencio del legislador, ya con el criterio doctrinal del jurisconsulto, ya con las decisiones de los Tribunales, pero aquél y éstas han de estar fundamentadas en la naturaleza jurídica de la institución misma.

¿De qué se trata? De la obligación de reservar, de bienes reservables. Es, pues, *una reserva* la institución creada en el art. 811, y como tal, es una institución de la misma naturaleza que la regulada en los artículos 968 al 980 del citado Código. Ahora bien: en estos artículos trata la ley de desenvolver los elementos esenciales del derecho de reserva, y á ellos en general tiene que referirse toda otra reserva legalmente establecida.

Figurémonos, por ejemplo, que el legislador estableciese un derecho cualquiera de hipoteca, sin que al crearle prescribiera desarrollos especiales. ¿Quién vacilaría en aplicar al nuevo caso las prescripciones generales establecidas por el legislador para las hipotecas legales? ¿Quién dudaría que había de someterse ese nuevo derecho creado, en cuanto su naturaleza especial lo permitiera, á los principios generales del derecho hipotecario? Pues bien: en análogo caso nos encontramos;

el Código civil, que como Código es una sola ley regida por el principio de unidad, y en la que todos los elementos, todas las manifestaciones varias que contiene, deben referirse á esa unidad característica, pues de otro modo el Código no sería Código, sino una mera recopilación de leyes; el Código civil, repetimos, crea en su art. 811 un derecho especial de reserva, fijando los elementos que le particularizan, pero callando en lo que se refiere á los desarrollos generales como tal derecho de reserva. Y ¿quién puede dudar que en general, y como tal reserva, el desenvolvimiento de ese derecho ha de estar regido por las disposiciones generales del Código para la misma clase de bienes y derechos, sobre todo cuando en el libro 3.º, título 3.º, se encuentra una sección, la segunda, que lleva el epígrafe general *De los bienes sujetos á reserva*, y cuyo art. 1.º (el 968) empieza con estas palabras: «Además de la reserva impuesta en el art. 811», etc.?

En opinión, pues, del Letrado que suscribe, son aplicables al derecho de reserva creado en el art. 811, en cuanto su especialidad lo permita, los principios consignados en dicha sección segunda del tít. 3.º del libro 3.º del Código, y basados en la naturaleza especial y característica de toda obligación y derecho de reservar. Por consiguiente, Doña Angela Alvarez Prieto estará sujeta á las obligaciones prescritas en los artículos 977 y 978, y deberá asegurar con hipoteca la restitución y el valor, según los casos, de los bienes muebles que tengan el carácter de reservables.

Además de la doctrina general establecida, obsérvese que originándose de la obligación y derecho de reserva la transmisión de un dominio revocable, mal podría asegurarse el efecto de esa condición resolutoria sin la garantía hipotecaria; pues de otro modo la reversión de los bienes estaría siempre pendiente de la buena ó mala fe de la persona á quien la ley impone la obligación de reserva. Doña Angela, en este caso, no deja de ser propietaria de esos bienes; lo que sucede es que esa propiedad está pendiente de una condición resolutoria, cual es,

que á su muerte existan parientes de sus hijas Marciala y María por línea paterna y dentro del tercer grado, en quienes entonces existiría un derecho á revertir esos bienes muebles que tengan el carácter de reservables, procediéndose á su restitución ó á la entrega del precio recibido si hubieran sido enajenados, ó á la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación si ésta se hubiera hecho á título gratuito.

Finalmente, la Dirección general de los Registros, en 5 de Julio de 1892, resuelve implícitamente esta cuestión, toda vez que considera aplicables por analogía los artículos 974 y 975 del Código civil, que permiten la enajenación de los bienes y muebles reservables, y si estos artículos que consignan derechos son aplicables por analogía al caso de la reserva creada en el art. 811, con más razón lo han de ser los artículos 977 y 978, que imponen las obligaciones que son la garantía necesaria del ejercicio de esos derechos.

IV

La obligación de reservar, ¿convierte á Doña Angela en usufructuaria vitalicia de los bienes que hereda de sus hijas, haciéndose hijuela de la nuda propiedad de esos bienes á favor de su entenado D. Alfonso Prieto Revilla?

En esta cuestión, el Letrado que suscribe, sin duda ni vacilación de género alguno, da una contestación negativa.

En efecto, semejante doctrina, que es la consignada en el mencionado supuesto 8.º y desarrollada en las particiones, confunde instituciones jurídicas totalmente diferentes, como son la obligación y derecho de reservar y el derecho de usufructo. Cierto es que la persona que tiene la obligación de reservar tiene el goce y disfrute de los bienes reservables, pero es algo más que un mero usufructuario. Es un verdadero propietario, si bien su propiedad está sujeta á una condición resolutoria, en virtud de la que á su muerte esos bienes reservables pasan á

ciertas personas que tienen ese derecho personalísimo, si es que existen, pues de otro modo nada han podido transmitir (por ser personalísimo su derecho) á sus herederos. Bajo este punto de vista resulta jurídicamente imposible la adjudicación de la nuda propiedad á determinadas personas, porque ese derecho á los bienes reservables es intransmisible á los herederos.

Supongamos que el niño Alfonso premuere á Doña Angela, y resultaría con la doctrina del supuesto, que á pesar de habérsele adjudicado la nuda propiedad de ciertos y determinados bienes y ser la nuda propiedad un derecho perfectamente transmisible, habría necesidad de una nueva adjudicación, no á los herederos del niño Alfonso, sino á otro pariente, si existía, de las niñas Marciala y María por línea paterna en grado más remoto que lo era Alfonso, pero siempre dentro del tercer grado señalado por la ley. Y si á la muerte de Doña Angela no existiera el niño Alfonso, ni ninguno otro pariente por línea paterna dentro del tercer grado de las difuntas Marciala y María, desapareciendo la condición resolutoria, nada, absolutamente nada quedaría ya de la obligación de reservar, y esos bienes se transmitirían, sin traba ni restricción alguna, á los herederos testamentarios y legítimos de Doña Angela Alvarez Prieto.

En este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 16 de Diciembre de 1892, ha establecido la buena doctrina que sirve de base á toda nuestra argumentación, cual es que «constituyendo la reserva de bienes un derecho ó beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo ó reclamarlo aquellas personas á cuyo favor lo ha establecido la ley taxativamente, por lo que no cabe en esta materia, de interpretación restrictiva, la representación establecida para otro orden de derechos en los artículos 924 y 925 del Código civil».

No se trata, pues, de un mero usufructuario, sino de un adquirente de dominio revocable, y no es jurídicamente posible adjudicar á esos parientes del tercer grado una nuda propiedad de que no pueden disponer y que no transmiten á sus herederos; siendo, por consiguiente, improcedentes las asimila-

ciones que constituyen la doctrina desenvuelta en el referido supuesto, máxime cuando la garantía necesaria para hacer efectivo en su caso el derecho de reversión nos la dan, por aplicación analógica, los artículos 977 y 978 del Código civil, que tratan, no del simple usufructo, sino del derecho de reserva.

Pero, en último caso, poco importaría en la práctica que esas garantías se exigieran por la asimilación de la doctrina del usufructo, si no viniera después esa adjudicación de nuda propiedad, incompatible de todo punto con la naturaleza del derecho de reserva.

V

¿Tiene facultad Doña Angela para enajenar los bienes reservables?

En realidad, la contestación afirmativa á esta pregunta se deduce clara y sencillamente de la doctrina expuesta en todo este dictamen. Si se han de aplicar, por analogía, á la reserva creada por el art. 811 los principios fundamentales de la institución de la reserva presentados y desenvueltos por el Código civil en la sección segunda del tít. 3.º del libro 3.º, y si en este sentido hemos opinado que Doña Angela Alvarez debe prestar las garantías determinadas en los artículos 977 y 978, del mismo modo que la sujetamos á las obligaciones la debemos otorgar los derechos, y por tanto, considerar aplicables también á este caso los artículos 974 al 976 del mismo Código, que permiten las enajenaciones de los bienes, ya muebles, ya inmuebles, que tienen el carácter de reservables.

De la misma manera, si hemos hecho constar que la obligación de reservar no constituye á Doña Angela en mera usufructuaria, sino en adquirente de un dominio revocable, es decir, sujeto á una condición resolutoria, hemos de aplicar también al presente caso el art. 109 de la ley Hipotecaria, que también permite la referida enajenación con ciertos y determinados requisitos.

Finalmente, la doctrina que sustentamos ha sido aceptada por la Dirección general de los Registros, en su Resolución de 25 de Junio de 1892. En efecto, según esta Resolución, la enajenación es válida, porque los artículos 974 y 975 del Código civil son aplicables por analogía, supuesto que se refieren á bienes reservables, y no han de ser más privilegiados los parientes dentro del tercer grado, en la reserva del art. 811, que los hijos en la reserva del art. 968, y sobre todo, porque la reserva únicamente implica una condición resolutoria, y los bienes sujetos á esas condiciones pueden ser válidamente enajenados, con arreglo al 109 de la ley Hipotecaria.

***

Resumiendo: Doña Angela Alvarez Prieto tiene obligación de reservar las porciones legítimas de bienes de la testamentaría de su difunto marido D. Marcial Prieto Ramos, correspondientes á las niñas Marciala y María, y que le han sido transmitidas por ministerio de la ley mediante la declaración judicial de heredera, como madre de las expresadas niñas, teniendo obligación de constituir garantía hipotecaria para responder de la restitución ó valor, según los casos, de los bienes muebles que tengan el carácter de reservables, sin que la obligación de reservar convierta á Doña Angela en una mera usufructuaria, sino en una adquirente de dominio revocable, y por lo tanto, sin que proceda hacer hijuela de la nuda propiedad de dichos bienes reservables á favor de D. Alfonso Prieto Revilla, y teniendo facultad Doña Angela para enajenar, en la forma y con los requisitos legales, los referidos bienes.

Tal es mi dictamen, salvo otro más acertado en contrario.

DR. RAFAEL DE UREÑA.

En mi estudio de Madrid, á 19 de Marzo de 1895.

¿INFIDELIDAD Ó MALVERSACIÓN?

Frecuentes son, por desgracia, los casos en que los funcionarios encargados del servicio de Correos, faltando á sus más elementales deberes y abusando de la confianza en ellos depositada, detienen la correspondencia y sustraen valores en las cartas contenidos: ora previa y solemnemente declarados, ora garantidos por la fidelidad del certificado. Ahora bien: quien en tan reprobados manejos se compromete, el que así viola el secreto de la correspondencia, perturba el público servicio y se apropia, al fin, lo que no le pertenece, ¿qué delito comete? ¿Es el de malversación de caudales públicos ó el de infidelidad en la custodia de documentos, que en lugares muy diversos del Código penal y con muy distinta pena el mismo preve y castiga?

Séanos permitido estudiar esta compleja cuestión en el terreno puramente doctrinal y de derecho constituyente, primero, para venir después al constituído, al terreno práctico, de legislación y jurisprudencia penal vigentes, ó de inmediata y más determinada y segura aplicación.

Sabido es que al primero de los delitos enunciados, el de malversacion, lo integran y constituyen dos elementos cardinales, á saber: el atentado á la fe pública que comete el funcionario sustrayendo ó apropiándose caudales puestos á su disposición ó cargo, y el carácter mismo de estos propios caudadales ó efectos, dada la consideración que en sí merecer deben, ya en principios de general y directa consideración, ya por virtud de aquella amplia asimilación que el Código penal estable-

ce, estimando *cuasi públicos* (al equiparar éstos á los anteriores, con propósito de igualarlos en protección), no sólo los provinciales, municipales y de establecimientos de beneficencia ó instrucción, sino aun de los particulares, en el más riguroso sentido, siempre que depositados fueren por autoridad pública (1).

Aplicando esta teoría general al caso práctico enunciado, no puede existir duda: 1.° Que el administrador, oficial, auxiliar-cartero, ordenanza, etc., empleado del ramo de Correos, es *funcionario público*, según el amplio criterio que de este concepto nos da ley sancionadora. 2.° Que los fondos que bajo la forma de *valores declarados* y para cursarlos á su destino se le entregan, obran en poder de aquél *por razón de sus funciones*, cual con los Códigos de Berna (art. 92), Alemania (art. 350), Cantones del Tesino (art. 111), de Friburgo (art. 272) y de Ginebra (art. 155), expresa nuestro Código (art. 405); ó bien como en este particular y caso se expresan otros extranjeros—que es curioso señalar la amplia variedad de fórmulas con que procuran sintetizar todos el propio pensamiento;—por razón *de su oficio ó cargo* (Cód. francés, art. 160), austriaco (art. 161) y belga (art. 240); *bajo cualquier título ó causa*, Cód. del Brasil (art. 172), mejicano (art. 1026); *á su vigilancia y custodia*, Códigos de Vaud (art. 349), Zurich (art. 171), Paraguay (art. 443); *gestión ó conservación*, Cód. sueco (cap. 25, § II); *consignación ó cuidado* (Chile art. 233), etc., etc.

Lo único que podrá ofrecer duda es si concurre y es de apreciar ó no en el presente caso el tercer requisito esencial, que, según el art. 504 del Código, ha de darse para que el delito de malversación exista; esto es, que los precitados valores declarados merezcan la consideración de efectos ó caudales públicos. Y á este respecto ocurre preguntar: el Estado, al asegurar y garantir, mediante el pago de la cuota que exige y el cumplimiento de las formalidades que establece, ¿hace suyos los expresados valores? ¿Les presta su público carácter, ó per-

(1) Art. 410.

manecen en todo caso con el de privados que tenían, siquiera, y en el supuesto de extravío, responda de su restitución ó reintegro?

Quedemos, por el momento, fijados así los términos que han de servirnos de punto de partida, especie de jalones, para volver sobre la ruta en ulteriores razonamientos, y examinemos esta propia cuestión legal bajo el otro aspecto indicado.

Con el epígrafe de infidelidad en la custodia de documentos, ocúpase el Código penal de cierta especie de abusos funcionales, también graves y merecedores de castigo; abusos en que hallamos la propia traición del empleado á sus deberes, el mismo abuso de confianza, idéntica alarma y á veces no menor perjuicio. Pues bien: dentro de esa especie, pénase en el art. 375 «al funcionario público que sustrajere, destruyere ú ocultare *documentos* ó *papeles* que le estuvieran confiados por razón de su cargo».

Subrayamos de intento la palabra, porque ella indica sin necesidad de comentario su genuino sentido y alcance, y si investigamos precedentes y concordancias al texto, ellos nos corroborarán también que en ninguno otro legal se sobreentiende por documentos ó *papeles*, (1) *valores* de ningún género.

En efecto, nuestro Código de 1822 decía á este respecto: «... cualquiera que maliciosamente sustraiga ó destruya el *todo* ó *parte de algún proceso civil* ó *criminal*, *protocolo*», etc. (art. 437); el Código de Prusia añade á su vez *cualquiera clase de papeles*, *registros*, *actas* ó *efectos custodiados en los archivos*, etc. (art. 254); simplemente *documentos*, pone el Código austriaco (art. 86); *acta* ó *títulos*, los Códigos del Brasil (art. 129), Bélgica (art. 241), cantón de Friburgo (art. 273) y Ginebra (art. 157); *pieza que tenga el deber de conservar el funcionario*, leemos en el del cantón de Vaud (art. 334), etc., etc.

Tenemos, por consiguiente, que para que este delito exista

(1) Esto mismo decía el Código de 1850 y expresan los modernos de Chile (art. 242), Portugal (art. 311), y República argentina (art. 241).

y sea de penar, necesítase la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º, que sea el agente un funcionario público; 2.º, que sustraiga, destruya ú oculte los documentos; 3.º, que los documentos que sustraiga, destruya ú oculte le estén confiados por razón de su cargo; y 4.º, que con la sustracción, destrucción ú ocultación resulte un daño á tercero ó á la causa pública. Todos ellos, conceder podemos sin dificultad que, en tesis general, se dan en el caso de apertura y sustracción de un pliego conteniendo valores declarados que un oficial del cuerpo de Correos efectúa; ¿pero diremos otro tanto respecto á que los valores de referencia, billetes de Banco, títulos, efectos públicos, documentos de crédito al portador ó endosados, sean simplemente *documentos* ó *papeles*, como el artículo expresa?

¿Si fué el ánimo del legislador penar la infidelidad que el funcionario comete, alcanzó que, mediante ella, no sólo *resultara daño á tercero ó á la causa pública*, sino que implicase verdadero despojo, no ya de los bienes de otro—que al cabo y al fin de los del Tesoro habrá de reintegrarse,—sino del Estado mismo, en definitiva, de los verdaderos caudales públicos?

He aquí ya, con lo apuntado, presentada en términos más concretos, y con las debidas referencias previas, la cuestión misma, que, cual se entiende, no se ajusta por entero, ni en uno ni en otro caso, á los términos del Código, en cuanto para encajar en el art. 504 echábamos de menos que á los valores declarados que á la estafeta se confían conviniesen por completo los caracteres con que la ley distingue los valores públicos que son materia de la malversación; y para serle aplicable, por otra parte, al funcionario que los sustrae el art. 375, no menos nos extraña que la cualidad de los mismos quepa dentro de la genérica calificación de *documentos* ó *papeles*, que el artículo emplea.

Por tanto, ¿á qué calificación debemos de atenernos? ¿Cuál es la que procede? Porque el problema bien merece fijemos nuestra atención en resolverle, no sólo por su importancia intrínseca, sí que también por la que de indirecto modo ha ve-

nido á prestarle una razón de competencia, en el Tribunal llamado á conocer en todo caso de la causa; ya que de los delitos de malversación de caudales públicos entiende el Jurado, y del de infidelidad en la custodia de documentos solo y exclusivamente los Tribunales de derecho.

De atenernos á la jurisprudencia, este último delito habrá que considerarle cometido; pues por sentencia de 14 de Marzo de 1889 se resuelve: «que incurre en la responsabilidad del artículo 375, el Administrador de Correos que retiene un certificado y sustrae de él la cantidad que contenía, aun cuando ésta sea reintegrada á su consignatario, porque el daño de que habla el artículo está en el hecho de abrir la carta y sustraer los valores»; y adiciona otra de 19 de Diciembre de 1889: «puesto que para los efectos de la sanción penal basta que haya ocultación, y ésta se comete con el sólo hecho de retener la correspondencia indebidamente y no entregarla á su tiempo al destinatario».

Y cuenta que no es tan sólo nuestro Supremo Tribunal de Casación el que así resuelve la duda, sino el de la República vecina, que aplicando artículos de su Código penal de exacta concordancia con el español, estima, por resolución de 19 de Enero de 1855, culpable de este propio delito de infidelidad, y no de malversación *(forfaiture)*, á la Directora de la estafeta de correos de Saint-Malo de Lalande, que sustrajo un billete de 200 francos de una carta depositada en sus manos para enviarla á su destino, añadiendo en sus considerandos dicha sentencia, que los billetes de Banco en referida carta contenidos, aunque reembolsables, como títulos al portador, á su presentación, constituían después de todo verdaderos títulos, también en poder de la sustractora (1).

Parece que con esto, ante tan terminantes soluciones, poco ó nada habrá que objetar; mas como al terreno doctrinal y de derecho constituyente trajimos de intento y muy principal-

(1) *Bull. crim.*, p. 28.

mente el estudio sumarísimo de este tema, con ánimo, más que de resolver, de iniciar en él plumas más versadas que la nuestra; de aquí que, á nuestro humilde entender, y salvando todos los respetos, tengamos por una verdadera y caracterizada malversación el hecho tantas veces repetido. Dícelo, con preferencia á toda otra calificación, el carácter del funcionario agente culpable, el espíritu é índole de sus funciones, sus principales deberes más directamente violados, el depósito que en él hubo de hacerse y hasta la índole y clase de los valores, á nuestro modo de ver públicos; que no se trata aquí de simples *documentos* ó *papeles* sencillamente, pues aquéllos, desde el instante en que el Estado los garantiza y asegura todo evento ó riesgo de perderse, comprometiéndose á reintegrarlos con los suyos propios, los hace *suyos*, tanto, que sus propios dependientes, aquellos á quienes confió su custodia ó su transporte, se los sustraen de las propias arcas del Erario en general, de los *verdaderos caudales públicos* se satisfacen y reembolsan.

Y con esto terminamos. Mucho pudiéramos aun decir, principalmente sobre lo que significa esa otra especie de figura de delito que se llama infidelidad en la custodia de documentos. Su mero enunciado lo expresa: quien, encargado de ellos por las propias funciones de su oficio, los destruye ú oculta, *con daño* más ó menos grave *de tercero ó de la causa* pública, es *infiel* á su custodia, abusa de la confianza en él depositada; pero á nadie se le ocurrirá decir que estafa, roba ó sustrae dinero de otro.

La execración que llama sobre sí el funcionario que, haciendo traición á su cargo, este más grave y feo delito comete, pregona con más elocuencia que razonamientos y sentencias, que lo que perpetra es en puridad un verdadero *peculado*: una malversación de caudales *públicos, públicamente* á su honradez y fidelidad confiados.

José García Romero de Tejada.

EL ESTADO DE LA PERSONA SOCIAL

1. Concepto del Estado.—2. Concepto de la sociedad.—3. El Estado social.—4. Su derecho interior.—5. La voluntad constitucional.—6. Estado oficial.—7. Su formación.—8. Sistema electoral.—9. Relación entre el Estado y sus órganos.—10. Autoridad.—11. Opinión pública.—12 Economía social.—13. Derecho exterior del Estado social.—14. Clasificación de las personas sociales.—15. El Estado en las sociedades totales y en las especiales.

1. Si todo sér es sér jurídico, en el sentido de sujeto de exigencias, de pretensiones (de «derechos en sentido subjetivo», como solía clásicamente decirse), sólo la persona lo es á la vez y conjuntamente como sujeto de obligaciones (en el doble concepto, pues, de la relación jurídica); ora se tome la palabra *persona*, como algunos quieren, por equivalente á sér dotado de una vida espiritual más ó menos intensa y elevada, ora se le reduzca al concepto, usualmente admitido, de sér racional, que expresa el grado supremo del proceso psíquico. De aquí que toda persona, como sér dotado de conciencia, ó sea de conocimiento y discernimiento, de inclinaciones y afectos, de voluntad y libertad, dirige por sí sus relaciones jurídicas, como las demás de su vida: relaciones que constituyen en ésta una esfera sustantiva y propia, al modo de todas las otras, gobernándolas independientemente, según los varios grados adecuados al de su capacidad para ello, ya en autarquía ó soberanía, ya con auxilio de tutela, mediante representación, etc.

El círculo sustantivo de derecho que rige una persona, sea

individual, sea social, lo mismo una aldea que un imperio, se llama *Estado*; aunque este nombre se reserva hoy muchas veces para el último grado constituído en la sociedad humana, el Estado nacional ó por antonomasia, por ser el único que posee soberanía exterior indefinida. La mayoría de los que así proceden no niegan, ciertamente, por esto que el municipio forme una sociedad sustantiva, con propio derecho y modo de regirse ó gobernarse, sino que deba corresponderle aquel nombre. El proceso centralista de la formación de casi todos los Estados nacionales modernos explica y disculpa esta preocupación: pues toda concepción teórica, como todo arte, literatura, etc., es, bajo un respecto y sin menoscabo de su originalidad, expresión ideal de la sociedad en el seno y por virtud de la cual se produce.

2. Toda sociedad, en su más amplio sentido, es un grupo donde se resuelven una ó más oposiciones (sexo, carácter, fines, profesiones...), cuyos miembros cooperan á un fin común, desenvolviéndose de aquí una división de funciones que trae consigo la de órganos adecuados para ellas; aunque ese fin se reduzca á términos tan elementales, como el de la mera defensa recíproca contra un enemigo exterior; y aunque la conciencia del mismo en los individuos sea más ó menos rudimentaria, y aun falte acaso por completo (1) y su organización tenga un carácter sumamente sencillo, indefinido y transitorio. La sociedad, como todos los términos de la vida humana, pues el hombre no es más que el grado superior y armónico de la vida universal entera, se halla prefigurada ya en los grupos animales, mostrando que no es un mecanismo artificial, convencional y más ó menos contingente, para el servicio de los individuos; ni una *organización* (que quiere significar muy otra cosa) sino un

(1) Se habla aquí de conciencia *reflexiva:* pues sin una tendencia, instinto, apetito, ó como quiera llamársele, por oscuro que sea, no hay cooperación, ni sociedad por tanto; y esa tendencia es ya un fenómeno psíquico, una función de la conciencia, aunque no por esto de la reflexión.

organismo natural: esto es, una unidad, un sér vivo, con la consiguiente división de funciones, aunque no siempre de órganos; lo cual no quiere decir que sea puramente físico, sino producto espontáneo de la naturaleza del hombre y su constitución esencial y objetiva, psíquica y física. Este organismo se va concretando gradualmente, con lentitud ó con rapidez, y obedeciendo á causas muy diversas; entre ellas, la voluntad del hombre, tácita ó expresa, instintiva ó reflexionada, sólo es una de tantas, ya más, ya menos importante.

Este proceso se verifica como condensación de una especie de masa amorfa, por decirlo así, en núcleos singulares, definidos, que dejan fuera y sin organizar inmensa parte de ella; por ejemplo: ¿dónde están los límites de las llamadas clases «medias», «obreras», etc.? Así también, la familia doméstica, en el sentido moderno, es un núcleo concretado en el seno de la gentilicia, cuyo límite es imposible encontrar; ó un círculo de conversación y recreo, un gremio profesional, una Universidad, un asilo, una iglesia, el comité de un partido político, son también centros concretos y definidos, dentro del medio vago é indiferenciado del trato social libre, de la industria, el estudio, la beneficencia, la afinidad de espíritu religioso ó político y demás vínculos difusos en la Humanidad, única sociedad donde todas esas relaciones quedan ya definitivamente limitadas y cerradas. Conviene notar esto, porque el prurito de la organización exterior lleva muchas veces hoy á desestimar, como si no existiesen, esos grupos indefinidos; considerando, v. gr., que un partido ó una confesión religiosa consta sólo de las personas inscritas oficialmente en sus censos; y olvidando, por otra parte, que, desde el credo más cerrado, ortodoxo y rígido, á la más vaga opinión disidente, media siempre un proceso continuo. A estas masas amorfas es á las que llama Schäffle «tejido conjuntivo social.»

No hay sociedad, pues, ni organismo, en una serie indefinida de individuos con una ó varias notas comunes (como no la hay siquiera en una muchedumbre accidentalmente reunida

en determinado lugar y para determinado fin); sino una mera colectividad *(universitas inordinata)*. Pues la unidad del fin, sin la diferenciación de funciones, no engendra esa definición y limitación que constituye la base cierta de toda sociedad y el motivo de la formación de sus órganos específicos, los cuales no son característicos, como se ha pretendido, de todo sér, unidad ú organismo, pero sí del organismo social ó plural.

3. Cada una de estas sociedades es, no sólo un verdadero sér, una realidad sustantiva, sino una verdadera persona, dotada de conciencia, ó sea, de ideas, sentimientos, aspiraciones y tendencias comunes, que aparecen como la fase interna y espiritual de su vida, tan luego como se forma cierta unión, sea total, sea parcial, entre varios individuos al menos. Por eso constituye un sér de derecho y un propio Estado. Pues ni puede vivir interiormente sin relaciones jurídicas, ni éstas pueden ser determinadas, cumplidas, garantizadas, etc., mediante otras personas extrañas, sino por la persona social misma, en su unidad y merced á la cooperación de sus individuos, como miembros solidarios del todo, en la interior jerarquía de sus órganos definidos. Por el contrario, en su derecho exterior, ó sea el propio de sus relaciones con los demás sujetos jurídicos independientes, forma sólo parte, como el individuo, de un orden y Estado superior, común á todos ellos.

La vida de toda sociedad es, pues, un sistema de acciones y reacciones entre todos sus miembros, y entre éstos y ella, para el fin común. Sin duda, en esta constitución dinámica, puede decirse que hay una doble dirección: del todo á cada uno de sus miembros y de cada uno de éstos hacia los demás y hacia el todo; y con esto, una especie de atracción y repulsión sociales («altruísmo» y «egoísmo»). Pero, así como en la naturaleza no son estas dos fuerzas sino direcciones relativamente contrarias de una misma, así también acontece en la sociedad.

No es ésta, ciertamente, anterior al individuo, que algu-

nos (1) consideran producto de la diferenciación del todo social primitivo: pues siempre son dados al par ambos, propios é irreductibles. Pero tampoco es un derivado de los individuos, un producto secundario de su unión, más ó menos accidental y arbitraria, viniendo á restringir la sustantividad, libertad y derecho nativos de éstos, por un sistema de límites á que tienen que resignarse como á un mal necesario. El individuo, en la vida social, lejos de sufrir menoscabo, se desenvuelve y completa, confirmándose y sosteniéndose su propia autarquía mediante la del todo social, y viceversa. Y así toda sociedad y su Estado conservan la sustantividad de sus miembros, no ya á pesar, sino á favor de la cooperación que en ellos excita para el fin social y, además, por el mutuo auxilio, de unos para con otros, que esta misma cooperación necesariamente promueve.

No es el Estado, pues, parte de la sociedad, ni aun siquiera, como otros quieren (2), semejante al sistema de los centros nerviosos, cuya función es dirigir el resto del organismo; ni, por tanto, la sociedad una masa inorgánica, que por medio de aquel instituto se organiza (3); ni el único vínculo que mantiene unidos á los individuos y hace de ellos un todo (4); sino que, cuantitativamente, es *la sociedad misma*, aunque sólo en el respecto y cualidad de su función jurídica; coincidiendo, por tanto, los límites de ambos órdenes.

4. El derecho de toda persona social puede dividirse, como el del individuo, en dos esferas: *interno*, que abraza el orden de condiciones necesarias para su vida como Estado, en su unidad y en sus relaciones interiores con sus miembros; y *externo*, que se refiere á las condiciones de esa vida, en su acción y reacción

(1) V. gr., Hegel, Wundt, Schäffle (cada cual á su modo).

(2) Spencer, De Greef, etc.—Recuérdese la célebre polémica de aquél con Huxley, que, por su parte, tampoco estaba más acertado al comparar el nexo social con el quimismo, en su afán de salvar la individualidad.

(3) Hegel.

(4) Ardigó («el derecho es la fuerza específica del organismo social»), y otros muchos italianos.

con las demás personas, ora exteriores, ora interiores á ella, pero como sujetos independientes.

Consideremos la esfera interior.

Ante todo, el organismo del Estado depende de un sistema de condiciones fundamentales (la *Constitución*), que la persona guarda en su conducta como otras tantas normas y postulados de su actividad jurídica. Estas condiciones, á su vez, dependen, en parte, de su sentido y disposición de espíritu, y por tanto, de su voluntad; en parte, de circunstancias superiores á ésta y que provienen, sea de la Naturaleza, sea de la Historia; formando así por varios modos otros tantos límites é influjos para dicha voluntad. En el Estado social, la adhesión y fidelidad á estas condiciones más permanentes de su vida, ó sea, la función de la conciencia y voluntad sociales, se expresa aquí, como en todos los órdenes, en dos formas: 1) tácita é indirecta, revelada en los hechos, consuetudinaria (aunque se halle reducida á escritura—*consuetudo scripta)*; 2) expresamente declarada y legislativa, la cual puede hallarse, ora dada en diversas leyes particulares, establecidas en épocas y circunstancias diferentes (como acontece, v. gr., con la Constitución nacional en Inglaterra), ora codificada en una sola ley fundamental (como en Bélgica ó en España); 3) ó un compuesto de prácticas, leyes y código, que es lo más frecuente; pero téngase en cuenta que el elemento consuetudinario es el único que no falta jamás. La distinción que á veces se hace entre leyes «constitucionales» y «secundarias ú orgánicas», destinadas á la aplicación y desenvolvimiento de aquéllas (distinción conservada aún por Bryce), no parece fundada: pues supone que las primeras forman un cuerpo enteramente definido, cerrado, indiferente é inmóvil, incapaz de ser alterado por el desarrollo de los restantes órdenes jurídicos; mientras que, por el contrario, este desarrollo (y, en rigor, hasta sus últimos pormenores) reobra siempre, por inevitable necesidad, sobre todo el sistema. Y así, cualquier ley, regla ó decreto, una vez *vigente* (no meramente *promulgada)*, cualquier costumbre ó

práctica, no pueden menos de influir sobre dichas bases, por fundamentales que sean; ó lo que es igual: toda norma real y verdaderamente adoptada por el Estado en su vida es indirectamente constitucional. Así acontece en rigor en Inglaterra. Los partidos políticos españoles, durante cierta época, han mantenido, por el contrario, prolijas discusiones sobre este punto; estimando, unos, que la legislación constitucional sólo podía dictarse por una asamblea especial, convocada *ad hoc* (Cortes constituyentes); y otros juzgando competentes las Cortes ordinarias. Nótese, para terminar, que la historia no presenta siempre constituciones codificadas; pero en cambio (al menos, desde que en el seno de las sociedades, mediante una diferenciación gradual, se establecen reglas propiamente legislativas), coexisten siempre leyes y costumbres, sin poder suprimirse unas á otras.

5. La parte voluntaria y preceptiva de las bases del Estado social recibe los nombres, ya de «constitución» (por antonomasia), ya de estatutos, ordenanzas, capitulaciones, reglamentos, etc.; y puede ser establecida, según los casos, ora por la decisión expresa del todo social, ora por la de sus autoridades, como acontece con las cartas otorgadas, fueros, etc., ó, en otro orden, con las reglas de conducta dictadas por los padres en la casa. Pero, aunque parezca á veces revestir la forma de un contrato (mera apariencia en que erróneamente se apoyan las teorías del pacto social, matrimonial, sinalagmático, etc.); no lo es en realidad nunca, sino una verdadera declaración de la voluntad *unitaria* de la persona social, la cual actúa siempre, hasta en los casos en que recibe el estatuto de un poder particular y aun exterior á la persona: pues sin la adhesión y asentimiento de ésta, jamás un estatuto impuesto ú otorgado llega á ser verdadero derecho positivo (vigente). Sólo en cuanto la unión y subordinación de cada individuo al Estado social, como el asentimiento de éste para recibirlo en su seno, pueden ser obra de la voluntad—tácita ó expresa—de uno y otro, entra en la Constitución un prin-

cipio contractual: subordinada y secundariamente, pues. Por ejemplo: ninguna persona con plena capacidad jurídica puede ser obligada exteriormente y contra su voluntad á pertenecer á tal ó cual municipio, nación, corporación, etc. Pero ni aun esto acontece siempre: en la sociedad doméstica, v. gr., ni los padres, ni los hijos menores (incapaces á la sazón de dirigir su vida y relaciones), pueden desatar á su albedrío y sin justa causa los vínculos que los enlazan en una comunión de vida y de derecho; sino sólo en ciertos casos, en que, además, cabe que sean debidamente suplidos estos vínculos.

6. Ya se ha indicado que la vida jurídica de la persona, como toda vida, y el desarrollo de sus reglas de conducta, se verifica en dos formas: una, espontánea y continua, constantemente adaptada á las necesidades individuales, con las cuales va cambiando; otra, reflexiva, artística é intermitente, fruto de un esfuerzo personal del sujeto, en relación con las condiciones objetivas de su vida. En esta distinción se funda la de la costumbre y la ley, como expresiones ambas de la regla de conducta jurídica. En el Estado social, la primera de estas formas es propia de todo el organismo, indivisa y universalmente, participando todos sus miembros en dicha función. Mas para la forma reflexiva, se desenvuelven siempre en el cuerpo social órganos especiales, más ó menos complejos, según las circunstancias, ya transitorios, ya permanentes, y cuyo sistema constituye como un Estado en segunda potencia: la corporación de los funcionarios ó magistrados públicos, el Estado *profesional* y *oficial*, intérprete de la conciencia general. En esto, sigue el derecho la misma ley que todas las obras y fines de la vida, los cuales (v. gr., la educación, la religión, el arte estético, la ciencia) corresponden indistintamente y por igual á todos los hombres y son por todos cumplidos en algún modo y grado; pero, á la vez, merced á la diferenciación progresiva de la actividad social y la división del trabajo que engendra, son objeto de diversas profesiones específicas que, en servicio del todo, ejercen, sin embargo, tan sólo determinados individuos, á quienes su

vocación lleva á educarse y adquirir la necesaria capacidad para ellas.

Toda persona social se halla siempre representada por sus miembros actuales; pero en todas ellas existe además esta representación especial y de segundo grado, aunque el número, carácter y permanencia de sus órganos profesionales varíen según la extensión y complejidad de cada sociedad; mas sin que falten nunca: todo Estado es «representativo». Tampoco depende su génesis de circunstancias accidentales: v. gr., respecto de los Parlamentos, de la imposibilidad de que los ciudadanos de una Nación se reunan todos para legislar, por ser muchos; ni son delegados ni mandatarios de los individuos, ni aun del cuerpo social, como si éstos pudiesen, á su arbitrio, confiarles ó reservarse aquellas funciones, según piensa la democracia «directa»: pues hay siempre una distinción indeleble entre la actividad difusa é inmediata del todo y la especificada de sus órganos, siendo ambas por igual indefectibles. Aun en el plebiscito, el referendum, el concejo y demás instituciones análogas, jamás actúa expresamente el cuerpo social como un todo inmediato (lo que envolvería contradicción); sino verdaderos órganos particulares: el cuerpo electoral, los cabezas de familia, los mayores de edad, etc.; y hasta en el caso, por ejemplo, de una corporación pequeña, compuesta de individuos jurídicamente capaces todos para el gobierno de la misma, subsiste aquella distinción en la unidad indivisa de cada uno de ellos. Tal subsiste, v. gr., en la persona del legislador, junto con su función específica de declarar y promulgar las leyes, la de colaborar, como elemento del cuerpo social, á la obra tácita y difusa del derecho consuetudinario. Es, pues, ésta creación orgánica é involuntaria, nacida de leyes invencibles, no estando en manos de sociedad alguna tener ó no esos órganos, sino que se engendran inevitablemente, conforme se van presentando las condiciones necesarias para su diferenciación gradual.

7. Fórmanse dichos órganos, ora en el seno del Estado mismo, ora viniendo en parte á él, como desde fuera, á desempe-

ñar las funciones, una vez producidas: v. gr., cuando se nombra tutor á una familia, ó gobernador á una colonia; mas siempre en beneficio de la sociedad interesada, en virtud del principio de la representación. Pues este hace posible que cada sujeto jurídico, cualesquiera que sean su condición y estado, use por medio de sus representantes de todos aquellos derechos, que no son «personalísimos», esto es, cuyo ejercicio no requiere la intervención insustituíble de la conciencia individual del agente, como lo requieren la elección de diputado, ó de cónyuge, ó la comisión de un delito, etc.

En cuanto al modo de determinarse, en sí mismo, surgen á veces de una manera rápida, aunque nunca sin la necesaria preparación anterior, más ó menos latente; otras, se van lentamente consolidando y concretando en un núcleo, primero sin importancia, pero que poco á poco la adquiere, merced á las circunstancias que en él condensan y desenvuelven sus funciones. Es de notar que, en el Estado, á la formación de estos órganos viene más ó menos pronto á añadirse el carácter exclusivo é imperativo propio de la autoridad política oficial. Pues en otros órdenes de la evolución social, en la del lenguaje, la ciencia, la moral, los usos, etc., la autoridad é influjo, á veces hasta despótico, que adquieren, ya determinados individuos, ya ciertos institutos y cuerpos sociales, v. gr., una Universidad, para dirigir el desenvolvimiento en aquel orden—autoridad que nace asimismo de las condiciones y cualidades que dichos órganos presentan en relación con el espíritu social y les constituyen en sus representantes é intérpretes —se sostiene tan sólo mediante esta comunión y el libre asentimiento de la sociedad para seguir la dirección que ellos le imprimen; pero sin ir por esto acompañada de otra fuerza exterior, ni otra sanción, que las de la opinión pública, á lo sumo.

El elemento voluntario, que da á la representación necesaria de las personas sociales un carácter mixto, se refiere principalmente al establecimiento de sus condiciones y al nombramiento de los representantes. La función de la voluntad

aquí es la misma de siempre: decidir y ejecutar lo que, según la naturaleza de las cosas, y no el mero capricho, corresponde; pero en esta función es irreemplazable, por más que, aun así limitada, sea capaz, sin embargo, de extravíos. La libertad exterior de la voluntad (que generalmente, con error, se estima toda su libertad jurídica) es tan sólo condición para ejercitarla: por ejemplo, para designar por sí misma, sin obstáculo ni intromisión ajenos, la persona que por su aptitud intelectual, moral, etc., y por su comunidad de sentido con el espíritu del elector, es, en conciencia, la más á propósito para una determinada magistratura pública.

Esta designación, sin embargo, parece verificarse á veces de un modo completamente involuntario para los miembros del Estado social. Tal acontece en el ya citado ejemplo de la familia doméstica, donde la incapacidad de los hijos menores los excluye de una intervención directa en el régimen de los negocios comunes, que gobiernan los padres por derecho propio; y en las sociedades rudimentarias, ó en otras caídas, por el contrario, en disolución y en las cuales ciertos individuos, cuerpos, clases, etc., dotados de aquellas cualidades que á la sazón les dan superioridad en relación con las circunstancias del medio, toman sobre sí el régimen del Estado, en algún modo, como por derecho propio, natural, y en forma que á veces se ha comparado á la llamada «gestión de negocios» en los asuntos civiles (dictadura). Pero este régimen sólo puede ser temporal y transitorio. Aun en la familia, y en toda sociedad, la participación de los gobernados en el gobierno sigue por lo común el desarrollo de su aptitud, hasta llegar un día al *selfgovernment*: á la mayor edad de los hijos, el gobierno necesario de los padres se convierte en voluntario. Mas en todos estos casos hay siempre en el fondo una afirmación de la voluntad social, sin la que los titulares del gobierno no se sostendrían de hecho un punto, ni podrían desempeñar sus funciones, ni conservarlas. Los padres mismos no podrían gobernar á los hijos, sin la sumisión y aun cooperación de éstos. La intervención, pues,

de la voluntad para constituir los órganos sociales y el contenido y procedimiento de las funciones de estos órganos, puede ser tácita ó expresa. La primera forma se produce siempre que de la conducta de los miembros de la sociedad se induce su asentimiento y ratificación á los poderes existentes *(tacitum civium consensus; rebus et factis)*. La forma expresa ó declarada reviste varios modos: el sorteo (v. gr., en el jurado actual), el concurso, la oposición, el nombramiento libre por un superior jerárquico, ó por los colegas del nuevo titular (cooptación), ó por sus subordinados, ó diversas combinaciones de estos y otros medios.

8. La designación de los funcionarios públicos por un cuerpo más ó menos numeroso de ciudadanos, encargado exclusivamente de esta única función, que ejercen de un modo periódico, constituye la llamada elección popular, y la función de ese cuerpo, el *sufragio*. Esta función, como todas las específicas, corresponde siempre por necesidad á determinadas personas, tan sólo, que poseen la capacidad jurídica al efecto: cuando menos, la mayoría de edad. No hay, pues, nunca sufragio «universal», ni puede haberlo; sino sólo de un cuerpo electoral más ó menos amplio, pero limitado siempre. Ni es dicha función un derecho «individual», «natural», ó «civil» de todo hombre, en cuanto ciudadano; pues esta universalidad es propia exclusivamente de las formas difusas y genéricas del organismo político. El ejercicio de este poder se halla, como el de todos los especiales, condicionado por la aptitud intelectual y moral, hasta donde puede exteriormente juzgarse de ella. Y así, no corresponde al menor, al loco, al idiota, al delincuente; los cuales poseen, sin embargo, no sólo todos los llamados derechos civiles, de la personalidad, etc. (aunque con la modalidad propia de su estado), sino que hasta contribuyen con lo que de sano ó normal conserven, poco ó mucho, á la vida y gobierno difuso del Estado: v. gr., á la formación del derecho consuetudinario. Esta necesidad de que todo sujeto titular de una función social, que reflexivamente coopera á

los fines é intereses del todo, ofrezca garantías para su desempeño, es la que motiva todavía ciertas restricciones que carecen ya de fundamento real, por razón del sexo, el rango, la fortuna, la profesión (diplomas, exámenes, etc.) y otras circunstancias, de que hoy no cabe razonablemente inducir el grado de aptitud intelectual y moral de los individuos, su sentido jurídico, ni siquiera su experiencia de la vida social: bien lo muestran á cada paso los ejemplos de indiferencia, servilismo é inmoralidad, que ofrecen frecuentemente las elecciones en muchos cuerpos que, por sus circunstancias exteriores, su representación intelectual y hasta el corto número de sus individuos, parece, según la teoría reinante, que deberían estar exentos de los inconvenientes que se suele achacar al sufragio llamado universal.

La teoría democrática reinante supone que la elección popular es el medio único para asegurar al espíritu público el gobierno del Estado, que de otra suerte estima sometido á las ideas é intereses subjetivos de los gobernantes. De aquí su tendencia á hacer electivas todas las magistraturas; tendencia que todavía, en su desconfianza respecto de estos órganos, llega á considerarlos muchas veces como simples ponentes en los asuntos públicos que les están encomendados, privándoles del poder de resolverlos por sí, que reserva al cuerpo electoral *(referendum)*. Esta garantía exterior y mecánica, no sólo es insuficiente como todas, sino que descansa en una base inexacta: la identificación del Estado y su soberanía con el cuerpo electoral, cuyo poder propende aquella doctrina á considerar el único verdadero. Aun en los tiempos que se suponen regidos por otros principios, donde llega al máximun la superstición electoral y se extiende á toda clase de poderes, en los Estados más democráticos modernos, el cuerpo electoral no es ciertamente la nación misma (según con notoria inexactitud suele pensarse), que va á ser representada por sus elegidos; sino una corporación más ó menos numerosa de representantes también, de verdaderos funcionarios públicos, cuya acción

es intermitente, y que á su vez son designados, en último término, por ministerio de la ley. Hasta puede decirse en este sentido, sin paradoja, que el elegido mismo es quien elige al elector, pues que éste debe su cualidad á la ley, y la ley á su vez es obra de aquél. Y así, en el Estado democrático antiguo, como en el moderno, y lo mismo que en aquellos en cuyo régimen no interviene un cuerpo electoral, se repite, en cuanto al título de los funcionarios públicos, aquel mismo fenómeno que se advierte entre la ley y la costumbre, á saber: que la última resolución no la da nunca ningún órgano particular, oficial y diferenciado, sino el Estado todo indiviso, mediante la adhesión del espíritu social, en la forma del *tacitum consensus*, única expresión fiel y auténtica de la voluntad de aquel, y única fuente (subjetiva) verdadera, suprema, y de hecho indiscutible, de todo poder, cualquiera que sea su origen aparente inmediato.

9. El Estado oficial no difiere del Estado general por el número ni la naturaleza de sus funciones (poderes), que son las mismas en el todo que en sus órganos particulares, sino tan sólo por la forma específica y reflexiva de su desempeño para mejor servicio de su fin y según la mayor ó menor complicación del organismo social. No cabe, pues, en ningún caso confundirlo con éste, ni considerarlo como único y exclusivo, cual si no hubiera más Estado que él, ni otro poder que el suyo. Antes, al contrario, ambos son modos permanentes de la actividad jurídica, que se completan, como en el individuo la espontaneidad y la reflexión: el Estado total, con su acción inmediata y difusa por todo el organismo, es la única fuente de cuanta actividad hay en él, y por tanto, de la misma acción reguladora y directiva, concentrada en sus órganos especiales; y sus tendencias, más ó menos vagas y oscuras, impulsan necesariamente la función de esos órganos. Es la fuerza fundamental, según se advierte en los seres inferiores, donde todas faltan, menos ella. Pero, ya en la Edad Media, y sobre todo, en el proceso de centralización de las socie-

dades modernas, y no sólo en su vida jurídica y política, sino en todos sus aspectos y órdenes, la actividad profesional ha usurpado y absorbido, hasta el último límite posible, la vida entera del organismo. Así, la Iglesia significa para muchos, no la comunión de los fieles, sino el clero; la ciencia y la actividad intelectual se vincula en instituciones, corporaciones y diplomas; en la legislación, se desdeña, cuando terminantemente no se proscribe (con pueril ilusión) el derecho consuetudinario; considerando, en suma, el todo, de que dichos miembros no son más que instrumentos, como una masa inerte, un *caput mortum*, inorgánico, destituído de propia energía, que sólo de aquéllos recibe: al modo del fisiólogo antiguo, que pensaba que sólo respiramos ó digerimos mediante los aparatos respectivamente adecuados á estas funciones; cuando los seres más rudimentarios carecen de dichos órganos y las desempeñan, sin embargo, todas.

El doctrinarismo niega implícitamente esta distinción y estas relaciones con respecto á la nación (para él, único Estado), cuya actividad jurídica y política subsume en la jerarquía de su representación oficial, desde la magistratura suprema hasta el último elector («el país legal», «las Córtes con el Rey», la «tutela perpetua del pueblo», etc.), más allá del cual no hay soberanía, ni poder, ni acción eficaz alguna, sino el cuerpo amorfo de los gobernados, separado y discontinuo de los gobernantes; con lo cual, se niega la esencia misma del *self-government*, dejando un abismo infranqueable entre ambos elementos.

De las tendencias que miran con desconfianza la acción espontánea y difusa del organismo social y aspiran á convertirla en reflexiva, ó sea, «á organizar» sus fuerzas en todas sus esferas, como si el todo mismo fuese cosa de por sí inorgánica, (Durkheim), hasta llegar á suprimir aquella forma, que es, sin embargo, su fuente primera y su primer motor, son ejemplo, en el orden económico, los llamados sistemas socialistas autoritarios, que llegan á su apogeo en el colectivismo, el cual

aspira á organizar como funciones profesionales públicas, todas las actividades económicas del cuerpo social.

Otras direcciones contrarias (el individualista *laissez faire*, la democracia directa, la escuela histórica, etc.), propenden á disminuir á su vez, y aun negar, la acción reflexiva de los órganos especiales, que identifican también con el Estado, bajo la misma preocupación y concepción común, desconfiando de su intervención, que quisieran á reducir al mínimum, y prefiriendo la acción instintiva, ya de los individuos, ya del todo social, guiada (suponen) infaliblemente por leyes naturales, mientras que aquella intervención todo lo perturba con sus ideas subjetivas, sus propósitos arbitrarios y su coacción violenta. La expresión más lógica é intensa de esta corriente se halla en las teorías contemporáneas (anarquismo, amorfismo, acracia), que proclaman la abolición del Estado, ó por mejor decir, los poderes oficiales. La teoría de la «democracia directa» pretende, ya rechazar toda representación, ya someterla á la voluntad de los asociados, sea en su existencia, sea en su ejercicio, por ejemplo: mediante el *referendum*, la iniciativa y la legislación popular. Pero ya se ha indicado que la única forma de legislación propia del todo social, como tal todo íntegro é indiviso en la unidad de su concepto, es la costumbre. En este caso, no hay lógica sino cuando se niega de raíz la función reflexiva en este orden; es decir: toda legislación (anomia).

10. Con respecto á las personas (individuos ó sociedades) que forman parte de él, el Estado social, como el todo efectivo y concreto de la comunidad jurídica, es el supremo director de su vida y de la de cada uno de sus miembros (sólo en el respecto de tales); ó en otros términos, constituye el sujeto de la *autoridad*, así como aquéllos son, en este sentido, los *súbditos*. La distinción entre autoridad y súbdito, con ser fundamental, no implica diferencia de sujetos, sino de concepto y situación, correspondiendo á toda persona, al par, ambas funciones—en relación diversa. La autoridad, pues, en su unidad

y plenitud, así como en el organismo interior de sus poderes particulares, y en su *soberanía* respecto de éstos, no es á modo de una entidad abstracta y trascendente, que viene desde fuera á una masa amorfa para convertirla en organismo y persona, sino tan sólo una cualidad real é inmanente del sér social vivo, que es su verdadero concepto realista. Precisamente por esto, todos los miembros del Estado participan de dicha autoridad: pues cada propiedad del todo lo es igualmente de sus partes. Y como la actividad del Estado no se agota por sus funcionarios, aun en la esfera oficial, participan aquellos también de algún modo en todas las funciones especiales de esta esfera: de lo cual son ejemplo las acciones llamadas públicas en el procedimiento judicial, el uso legítimo de la coacción física en la defensa de un tercero, ó para detener á un delincuente, etc.

Por lo mismo, es al par toda persona, aunque desempeñe la más alta función pública, súbdito del Estado: el legislador se halla sometido á la ley que él propio establece. Por olvidar estas relaciones, se ha confundido frecuentemente al Estado, ora con su jefe, ora con otro de los diversos órganos de su representación oficial (v. gr., el Gobierno, el Parlamento, etc.), estableciéndose una antinomia y separación absolutas entre la autoridad y el súbdito, hasta el punto de reputar que sus esferas respectivas de acción crecen y decrecen en razón inversa.

Los poderes sociales del Estado no difieren de los que gobiernan la vida del individuo, sino en la complejidad que trae consigo la del organismo plural, respecto de la unidad singular de aquél. Las reglas de conducta, v. gr., establecidas por la costumbre son fruto de un proceso biológico, idéntico en ambos órdenes; sin otra diferencia que la cooperación múltiple de órganos inmediatos que la costumbre social trae consigo; pero sin que varíe ninguno de sus elementos esenciales; es la complicación, siempre relativa á la de cada organismo según la extensión y grado de su vida, basta, sin embargo, para engendrar instituciones públicas que, con no ser más que el desarrollo de principios que en el individuo ya existen, adquieren muy

otra importancia. Sirvan de ejemplo el derecho procesal y la organización del poder legislativo en los Estados nacionales.

11. Cada sociedad particular, cualquiera que sea su clase y grado, tiene su espíritu propio y distintivo (carácter nacional, espíritu de cuerpo, de profesión, clase, etc.), formado, objetivamente, por todo el sistema de condiciones, intereses é influjos del medio natural y social, así como por la historia; y subjetimente, por la acción y reacción entre todos sus miembros.

El estado difuso del espíritu social en cada época, con su sentido, ideas, inclinaciones, tendencias, repugnancias, tocante á los problemas de su tiempo, constituye la *opinión pública*, que no es una suma, ni siquiera una resultante mecánica de fuerzas rígidas aisladas; sino el producto orgánico de las acciones y reacciones mutuas entre las diversas unidades sociales, que se penetran y modifican recíprocamente en la actividad interior de sus estados de conciencia. Esta opinión forma la base psíquica, la energía primera, á cuyo imperio no puede sustraerse, sino muy corto tiempo, la acción de los poderes oficiales, como no se sustrae en cada época la literatura, el arte, (la ciencia misma, por personal que sea) á la inspiración del sentido que reina á la sazón en el cuerpo social, aunque en mutua reacción entre ambos elementos, total y profesional. El divorcio y desequilibrio de la acción gubernamental y la fundamental en el Estado es tanto menos posible, cuanto más claro y acentuado es el sentido de la opinión.

La opinión es siempre esencialmente histórica y en ella tienen una función capital, tanto la imitación, que consolida los hábitos y tendencias permanentes del espíritu en las grandes masas sociales, como lo que se ha llamado el espíritu de disonancia, propio de las minorías y que constituye como el fermento que, en relación con el estado de la mayoría, determina más ó menos rápidamente el cambio de dirección de aquellas tendencias y hábitos (Bagehot, Tarde).

La opinión de una sociedad, por importante que ésta sea y enérgica y persistente aquélla, no tiene otro valor que el de un

estado subjetivo, tan acertado ó tan falible como el de la conciencia individual (nada más inexacto que el *vox populi, vox Dei)*, incurriendo en los mismos defectos que ésta; muestra además un contraste característico entre la persistencia tenaz de sus estados, en el fondo, y la ligereza, precipitación y vehemencia de sus movimientos superficiales, sumamente instables. Conocido es también el contagio de las masas, tanto en el contacto inmediato de sus elementos, como á distancia, por medio de las formas de comunicación que facilitan ese género de reacciones (Tarde, Sighele).

La cohesión del espíritu social no es siempre la misma. En cada orden de la vida, y respecto de cada uno de sus problemas históricos, presenta un primer estado de unidad indiferente, vaga y confusa, al cual sigue otro período de diversidad y diferenciación, en que se forman distintas tendencias, tanto más acentuadas, cuanto más apremiantes son dichos problemas. En el Estado, esas tendencias constituyen los *partidos* políticos. Los partidos—como las escuelas científicas, las confesiones religiosas, aun las diversas profesiones, clases, etc.—presentan: 1) una época de hostilidad é incompatibilidad radicales, persiguiéndose unos á otros en una lucha más ó menos violenta por la vida; 2) la oposición se limita; cada partido pretende valer sobre los demás; pero considera posible el gobierno de sus rivales, sea alternativamente, sea conforme á diversas circunstancias, con cierta consiguiente tolerancia escéptica, mezclada de codicia por el poder, explotando en interés propio la dictadura, mientras le corresponde: en este período nos hallamos; 3) las oposiciones se conciertan por el despertamiento de la conciencia de su unidad común, procurando cada partido desenvolver el principio que representa, como un factor esencial de la vida del Estado, pero entre otros, no menos legítimos también, considerándose todos como cooperadores á un mismo fin, mediante la división del trabajo, y afirmando de consuno las bases comunes de su obra. Así comienza (sólo comienza) ya á acontecer, por ejemplo, en las escuelas científicas, y con

más atraso en la vida religiosa, donde, sin embargo, tan oscura ha sido la conciencia de esta unidad común, y tan vivos y violentos los odios, como hoy lo son aún en la política. Las señales que en ésta ya se anuncian de mayor cultura intelectual y moral y más aproximación entre unos y otros partidos, revelan con todo muchas veces un fondo tan escéptico y negativo, como el que se advierte en las coaliciones para derribar gobiernos ó desatar insurrecciones, ó, por el contrario, para el llamado «turno pacífico» en el poder. Mientras reina esta disolución interior del espíritu social, parece quizá el mejor medio de aunar fuerzas, heterogéneas en otros respectos, la organización de asociaciones y ligas temporales para fines concretamente definidos.

Los *periódicos* son un instrumento poderoso, ya de dirección, ya de expresión actual de la opinión pública, así como de educación general y política, y, mediante la divulgación y propagación de las ideas, obran aun sobre las más atrasadas clases sociales. El derecho de publicar periódicos de todas clases no sólo es, pues, parte del derecho general de manifestar el pensamiento, sino también una función de interés común social, á la cual van anejos deberes de conciencia, tanto más estrictos é imperiosos, cuanto más importante y más eficaz es el influjo que por su medio se ejerce. La conciencia de estos deberes es todavía muy vaga y rudimentaria, y se halla pervertida en muchísimos casos; pero su cumplimiento, como el de tantos otros deberes, no puede imponerse por coacción externa, salvo delito. Son, pues, injustas, y además contraproducentes, las limitaciones á que suele hallarse todavía sujeta la expresión del pensamiento en este orden, sea preventivamente, por medio de la censura más ó menos directa, la fianza, la obligación de la firma, ó de editor, etc.; sea represivamente, considerando como delitos la declaración de ideas y principios contrarios al régimen establecido en la política, la religión, la moral, etc. No es este ciertamente un modo de promover el sentido del deber y purificar el espíritu y conducta de la

prensa. De ser la compresión posible, dejaría de serlo toda modificación y reforma, que en todas las esferas de la vida comienzan siempre en una minoría y constituyen una novedad, discordante de las ideas y sentimientos de la generalidad.

12. Toda sociedad necesita de medios económicos para el cumplimiento de sus fines. Pero, como ninguna personalidad social suprime la de sus individuos, ni por tanto, la propia esfera de vida que en concepto de tales les corresponde, independientemente, pues, de la comunión social; y como todo fin humano, en tanto que su cumplimiento pueda depender de medios materiales, que directa ó indirectamente se refieren á la satisfacción de nuestras necesidades físicas, entra en la esfera de la propiedad, el individuo, sin menoscabo de su condición social, necesita para sus propios fines bienes también y propiedad independientes. De aquí la necesidad á un tiempo de propiedad social y propiedad individual y los diversos sistemas que históricamente se han producido, en las instituciones y en las ideas, tocante á la combinación entre ambos elementos.

Téngase ahora en cuenta que los fines sociales son de dos clases: de la persona en su unidad é integridad, y de la totalidad colectiva de sus miembros, como tales (no como individuos independientes). Según esto, hay dos clases de propiedad común. La primera sirve para los fines, propiamente, del todo, y en ella la persona social funciona enteramente como el individuo, sin que obsten las modificaciones peculiares de su organización y administración interior. En la segunda clase de propiedad, el aprovechamiento corresponde á los individuos, en concepto de miembros de la sociedad, mas para sus propios fines individuales. Ejemplo de ambas clases se nos ofrece, en los bienes municipales, entre los llamados «de propios» y los de «aprovechamiento común». La propiedad, el régimen y administración de los servicios que para las necesidades racionales humanas prestan los bienes materiales, corresponde, en uno como en otro caso, á la misma persona social, al municipio; mientras que, con respecto al disfrute y aplicación directa de

estos medios á aquellas necesidades, hay la diferencia de que, en el primer caso, el sujeto que los beneficia es el sér social, y en el segundo, ora sus miembros «aprovechamiento común», en sentido estricto), ora toda clase de personas, sin excepción, como usan, v. gr., los forasteros, y aun extranjeros, de las vías públicas, fuentes y otros servicios, mediante el principio de la comunión y solidaridad universal humana, en las llamadas cosas «públicas» de los civilistas. Lo análogo acontece en las fundaciones, donde media igual distinción entre lo que ha llamado Ihering el sujeto y el destinatario del derecho. Por último, en los ensayos teóricos y prácticos de colectivismo, el aprovechamiento de los bienes sociales se distribuye entre los miembros de la comunidad (ya en proporción á sus servicios, ya según sus necesidades), á la cual únicamente corresponde, en su personalidad unitaria, el régimen de la producción, conservación y demás funciones de este aprovechamiento, ó sea, la propiedad. Pues la facultad de trasmitir libremente los bienes no es la característica de ésta, sino una atribución peculiar, que á veces forma parte, á veces no, de su contenido; y ésto, tanto en el sujeto de la administración, como en el del beneficio.

El cambio de los bienes materiales entre las diversas unidades que constituyen el todo social, es una función de la vida económica de éste, análoga á la de la circulación de la sangre en el individuo, así como esa misma vida lo es á la de su nutrición en general (Schäffle).

13. El derecho exterior de toda sociedad, como Estado, presenta ciertas modalidades peculiares. Su esfera comprende, no sólo sus relaciones con otras del mismo ó de diverso grado, sino las que mantiene con sus miembros, en cuanto éstos, aparte su concepto de tales, son también personalidades y esferas jurídicas (Estados) independientes. Por lo que hace á las relaciones de cada sociedad particular con la sociedad toda, es de advertir que ninguna condición contraria al derecho puede ser reclamada exteriormente, aunque se hallase en el estatuto; no debiendo, por consiguiente, la trasgresión de un requisito de

esta especie servir de fundamento á una contestación judicial. Las personas sociales constituídas para un fin particular de la vida, sólo en razón de la legitimidad de este fin pueden pretender el reconocimiento exterior del Estado nacional ó central — que es al que corresponde, en la presente situación de la Humanidad, esa intervención y garantía, en representación de ésta. Dicha intervención exige la inscripción de la persona social en el registro, con la consiguiente comunicación del estatuto, si lo tuviere escrito, sea en forma de ley, sea de una *consuetudo scripta*, ú observancia. El origen de las personas sociales (v. gr., de una población, ó una Universidad) no siempre puede ser determinado con la misma exactitud que el nacimiento de un individuo; sino sólo en aquellos casos en que preexiste en la conciencia de un grupo el propósito reflexivo de constituir dicha unión, mas no cuando ésta va brotando gradualmente por un concurso de condiciones que impulsan á los individuos á su formación sin aquel previo propósito. El momento en que puede darse ya por formada la persona es muchas veces enteramente relativo y variable.

La inscripción de ésta en el registro civil sirve de título para que su existencia como tal sea reconocida exteriormente. Pero si estima conveniente renunciar á estos efectos civiles de su personalidad exterior, la falta de inscripción no puede constituir delito alguno, pues no lo es que varios individuos se reunan formando un grupo social, sin dar de ello cuenta á nadie, en uso de su legítimo derecho. Otra cosa acontece en el registro civil del individuo, donde los padres, ó la persona á quien corresponda la inscripción, priva al niño por sí y ante sí del reconocimiento de su personalidad ante el Estado, personalidad que además existe de un modo evidente como sujeto irrenunciable de derecho.

Cada particular Estado social sostiene relaciones con muchos otros, donde nace la posibilidad de conflictos y perturbaciones jurídicas, que deben ser resueltas por los mismos principios, trámites y autoridades que las cuestiones entre ellos y los

individuos, ó de los individuos entre sí: el carácter social del sujeto no trasciende necesariamente al orden de la perturbación jurídica y su reparación. Esto vale en los límites de su capacidad por razón de su fin: pues todas aquellas relaciones que dependen de los llamados actos personalísimos, ó sea, realizables sólo por la determinación inmediata de la conciencia individual, no son propias de la persona social en ningún caso, por no caber en ellas representación, único modo de obrar que ésta tiene. Por eso, las sociedades no delinquen; los delitos que sus individuos cometan, aunque se valgan de los medios sociales, se imputan sólo á dichos individuos, si bien puede delinquir todo el personal actual de la sociedad; pero no á ésta, que únicamente existe en razón de su fin y para realizarlo, careciendo de realidad en toda otra relación. Penando, además, á la persona social como un todo (v. gr., mediante la disolución, la suspensión, la multa, etc.), no sólo se aplican penas que no son tales, ni corresponden al principio reparador y tutelar de este orden de derecho, ni aun tienen propiamente fin racional alguno, constituyendo simples perjuicios, más ó menos graves (que es muy otra cosa); sino que dichos perjuicios se aplican á todos los miembros de la persona social, hayan ó no delinquido, por el mero hecho de serlo, que no es delito alguno; recordando aquella forma de penalidad del quintar, diezmar, etc., en que para nada se atendía al sujeto real del delito.

Los principios por los cuales se introducen á veces jurisdicciones ó procedimientos especiales para las contestaciones civiles entre las personas sociales ó entre éstas y los individuos (como en la llamada jurisdicción contencioso-administrativa) tienen por base desconfianzas y recelos depresivos para la autoridad de los Tribunales comunes, ya en un sentido, ya en otro; al modo de las jurisdicciones y procedimientos privilegiados, que también en lo criminal se aplican todavía á ciertas categorías de delincuentes.

14. Viniendo ahora á la clasificación de las personas socia-

les, recordemos los principales tipos más generalmente admitidos.

Por su organización y relación entre el todo y sus miembros, son: *a) Asociaciones,* en el sentido riguroso de la palabra; en éstas, el verdadero fin es de los individuos, para los cuales es la asociación sólo un medio de alcanzarlo más completamente (tal acontece, por ejemplo, con las sociedades mercantiles colectivas y comanditarias), siendo ésta la única clase á que puede aplicarse la concepción individualista, que niega el propio fin sustantivo de la persona social como tal, á diferencia de los de sus miembros; si bien aun entonces hay siempre un fin objetivo, representado por el servicio que á la comunidad prestan; *b) Corporaciones*, en las cuales existe un fin social, á distinción del de los individuos, aunque más ó menos enlazado con éste: una Universidad, un municipio, etc.; *c) Fundaciones*, donde, á diferencia de los dos tipos precedentes, la prestación y dirección de los servicios y su aprovechamiento por los interesados corresponden á distintos grupos de personas: v. gr., los enfermos de un hospital y los patronos que lo administran.

Por su complejidad, se las puede distinguir en: *a)* sociedades simples, formadas únicamente de individuos, como el matrimonio, ó un círculo de recreo; y *b)* compuestas, ó sociedades de sociedades, cuya serie indefinida consta de varios grados: v. gr., una nación, ó una Iglesia, como la Católica, que comprende corporaciones é institutos sumamente varios y complejos.

Por su relación inmediata con la voluntad, son: *a)* necesarias é independientes de ésta, como lo es, por ejemplo, la familia para el hijo, ó la patria para sus naturales, aunque puedan más tarde disolverse en ellas, con más ó menos intervención de la voluntad, los vínculos jurídicos puramente exteriores; y *b)* voluntarias, que tienen su origen en la libre decisión y adhesión de sus miembros: v. gr., una corporación científica, ó una comunidad religiosa.

Por su duración, se distinguen en perpetuas y temporales.

Por las formas de su vida económica, en la relación con sus miembros, en colectivas, anónimas, cooperativas, comanditarias, etc.—Con otras muchas clasificaciones que caben.

La capacidad jurídica de cada clase se adapta al carácter especial de ésta.

15. Pero ninguna división quizá ofrece la trascendencia jurídica que la que toma por base la finalidad de la persona social. En este sentido, las sociedades se distinguen: *a)* en *totales* ó fundamentales, que abrazan por completo la vida y actividad de sus miembros; y *b) especiales*, consagradas tan sólo á la práctica de uno ó varios fines humanos.—En las primeras, la cooperación (sin la cual no hay sociedad) se refiere al mutuo auxilio para la conservación y desenvolvimiento de la vida entera, en sus diversos aspectos y relaciones. Constituyen, pues, una comunión total, que exige la convivencia inmediata personal de sus miembros y tiene su expresión exterior en la naturaleza, en una localidad determinada (casa, pueblo, comarca, territorio). —Por el contrario, las sociedades especiales no enlazan á sus miembros sino en razón de los fines que respectivamente persiguen y á cuya práctica se contrae su cooperación, la cual tampoco implica convivencia local. La comunidad municipal, por ejemplo, no se concibe sin esa unidad territorial, donde se agrupan para vivir sus miembros: unidad que hasta en la tribu errante es exigida, sólo que varía, en vez de ser, como en aquél, permanente; mientras que una corporación científica, industrial, etc., aunque por necesidad tiene que localizar en determinados puntos del espacio el ejercicio y difusión de sus fuerzas, no obliga á sus miembros á vivir juntos, sino que su cooperación solidaria forma como una red extendida y entrelazada, sea dentro de una, sea á través de varias sociedades territoriales.

Debe advertirse que no siempre se presentan estos caracteres con tan perfecta distinción. En otros tiempos, la familia, por ejemplo, ha reunido á su carácter una función profesional é industrial, que hoy mismo se advierte á veces en las comar-

cas agrícolas; mientras que, á la inversa, ciertas comunidades religiosas unen á la práctica de su fin la vida en común en una misma casa.

El Estado y organización jurídica de estas dos clases de sociedades presenta ciertos caracteres específicos, siempre sobre la base de unas mismas funciones y estructuras comunes, en lo fundamental.

Tres son los principales de estos caracteres que conviene notar aquí. Es el primero, el carácter necesario de la adhesión y participación involuntaria de todo individuo en la comunión jurídica de las sociedades totales, á diferencia de lo que en las especiales acontece. Pues todo hombre, quiéralo ó no, pertenece indefectiblemente á una familia determinada, á una tribu, municipio, nación, etc.; y si es cierto que puede en momentos dados, sea temporalmente, sea por tiempo indefinido, cambiar de domicilio, contraer nuevas relaciones de vida, y consiguientemente de derecho, con otros organismos territoriales en cuyo seno entra á vivir, y aun disolver sus vínculos con los anteriores, por extinguirse sus relaciones efectivas en ellos, no puede dejar de pertenecer siempre á alguno. Puede, por ejemplo, cambiar de nacionalidad; pero no renunciar á todas. Por el contrario, en los institutos organizados para un particular fin, la adhesión del individuo es siempre voluntaria, y abiertamente opuesto al derecho todo intento á imponer por necesidad dicha adhesión *(compelle intrare)*, que, por la índole de la cooperación que requiere, no tiene valor alguno, ni aun puede siquiera prestarse real y efectivamente, sin la interna disposición del ánimo; y esta es imposible de obtener por la compresión exterior, la cual no alcanza más que á suprimir la manifestación de nuestro interior, ó, á lo sumo, á determinar al espíritu, por ebilidad (coacción psíquica) á simularla en declaraciones y ráctica exteriores. Cuando se alega que, merced á la reacción e lo exterior sobre lo interior, puede por este medio de la imosición material lograrse al cabo una modificación de la conencia, se olvida que, para aquella reacción, precisamente es

condición indispensable la falta de toda coacción y violencia; pues ésta, ó suscita disposiciones contrarias á las que se quería obtener, ó logra solo una sumisión sin valor ético alguno, de pura fatiga y desaliento, que arranca de cuajo la raíz de toda vida moral.

Consecuencia de la anterior es otra diferencia entre ambos tipos sociales: el poder coercitivo. Los Estados de las sociedades totales son los únicos encargados de la tutela de la libertad exterior, y por tanto, de asegurarla en su caso, mediante la coacción, contra las agresiones posibles. Y en cuanto la pena, en su concepto actual, como restricción y privación de esa libertad, principalmente, como un mal, como un medio exterior, sea de retribución, sea de prevención, sea de vindicta, de defensa, etc., es consecuencia de esa potestad coercitiva, son las sociedades totales las únicas que poseen poder penal, en el sentido histórico (todavía actual) de la palabra. Porque en otro concepto más amplio, á saber, el de un sistema de medios cuya aplicación constituye el tratamiento adecuado á la situación anómala del delincuente, á fin de reintegrarlo en su vida normal, como una protección para este fin, como un puro bien sin mezcla de daño ni malevolencia, toda persona individual y social, sin excepción, se encuentra asistida del derecho y deber de aplicar estos medios, en el límite y medida de sus fuerzas y en relación con todo el sistema de condiciones que en cada caso determinan la conducta racional humana. Pero, tan luego como se trata, sea de la justa restricción de la libertad exterior, sea de cualquiera de las privaciones, más ó menos legítimas, que se hallan en uso como penas, principalmente desde el punto de vista retribucionista (que pone la justicia en volver mal por mal), y exigen el empleo de la coacción física, hay que recurrir al «brazo seglar», esto es, al Estado de aquella sociedad total á que, según los casos, corresponde imponerla y hacerla efectiva. Las sociedades especiales —en este sentido—carecen de poder penal. La expulsión de un individuo por las autoridades de una corporación de esta clase, de

una iglesia, una universidad, un círculo, etc. (expulsión que, además, en caso de no ser respetada, exige el auxilio del Estado), no es propiamente pena, sino la declaración de un hecho: que el individuo cesa de pertenecer á aquel instituto, porque ha dejado de poseer las condiciones que formaban la base necesaria para su cualidad de miembro del mismo. Cuando las ideas retribucionistas, expiatorias, defensivas, hayan concluído de desaparecer bajo el influjo del espíritu cristiano, del movimiento filantrópico del siglo XVIII, del principio correccional y de la antropología y criminología de nuestros tiempos, se extinguirán la aversión é irritación que hoy todavía inspira el delincuente y, con ellos, los restos de penalidad meramente vindicativa que aun se conservan en algunas corporaciones especiales.

Para concluir: como fácilmente se advierte, las sociedades totales difieren sólo en grado, ó sea cuantitativamente, pues que su género y cualidad es siempre el mismo: la comunión personal é inmediata de vida para la promoción efectiva de los varios fines de ésta, en su integridad, mediante la mutua cooperación de sus miembros. La unidad de estas sociedades no ha de entenderse, sin embargo, como unidad de procedencia, es decir, como si todas procediesen de la familia, cual otras tantas extensiones graduales de la misma, según algunos pretenden: pues el principio étnico ó de sangre no sirve de base única, ni siquiera al municipio ó la nación, sino á la parentela; y estos grupos, por el contrario, dependen exclusivamente de la convivencia personal, inmediata y local de sus miembros (domicilio), medie ó no entre ellos parentesco. Antes, hay quienes piensan que la familia y la ciudad se oponen entre sí como dos esferas en cierto modo heterogéneas, nacidas de distintas ideas y sentimientos, representantes de distintos intereses y que pueden (patológicamente) llegar hasta una colisión entre sus respectivos egoísmos.

FRANCISCO GINER.

DERECHO NOTARIAL

Calificación de los documentos autorizados por los Notarios.

Así como el individuo tiene sus órganos para satisfacer las necesidades de su vida, el Estado tiene también los suyos, con que cumple los fines para que fueron creados; y á medida que las necesidades aumentan, disminuyen ó se modifican, los organismos encargados sufren las mismas transformaciones, marchando al unísono la reforma en la función y en el órgano con la necesidad ó el fin que cumple.

Las necesidades del Estado son múltiples y ramificadas en mil diversas especies. La justicia tiene su organismo y reglamentadas sus funciones desde las del Tribunal Supremo al último Juzgado municipal, por una serie de graduaciones sucesivas.

La defensa del Estado necesita otro organismo vigoroso y bien constituído: la Instrucción pública, en cuanto aun constituye una necesidad que cumple el Estado, tiene también sus órganos; pero no es nuestro objeto hacer una clasificación de todos los fines del Estado, y mucho menos de los organismos que vienen á cumplirlos. Es nuestro propósito tan sólo tratar de uno solamente, cual es la necesidad de dar fijeza á los hechos de la vida, hacerles constar de un modo evidente y manifiesto, qué no dé lugar á dudas, para que los derechos nacidos de aquéllos tengan virtualidad y eficacia permanente.

Esta misión de autenticar toda clase de hechos se ejerce por todos los organismos del Estado en la esfera que les es

propia; y cada individuo por sí da carácter de permanencia á aquello que estima oportuno con arreglo á sus facultades privadas; pero la misión especialísima de dar autenticidad á los hechos corresponde desde antiguo á un organismo mejor ó peor constituído, pero que se ha sucedido en todas las épocas de la Historia. Tal es el Notariado.

Esta institución de la Fe Pública acaso sea de las que menos transformaciones ha sufrido, á pesar de las reformas que se han hecho, especialmente desde el año 1862. Basta repasar nuestros antiguos protocolos de instrumentos públicos, que cuentan tres siglos de existencia, y aun se encuentran en ellos formas muy semejantes en su estructura á la de los documentos públicos que se otorgan en la actualidad. Esta institución, que parece lleva en su esencia y modo de ser el sello de la inmutabilidad, está llamada en los tiempos presentes á sufrir una transformación tan radical y completa, que la haga entrar en el progresivo desarrollo á que están sujetos todos los organismos sociales.

El desarrollo de otros organismos afines al Notariado, que suplen en parte la función de la fe pública extrajudicial; el haber cargado la mano con excesivos impuestos nuestras leyes fiscales, especialmente en los documentos autorizados por Notario (1); la gran postración y enmohecimiento de la función

(1) Entre los muchos casos que pudiéramos citar para poner de manifiesto cómo se dificulta en nuestras leyes la función notarial, haciéndola cada vez más estéril, nos bastará transcribir el art. 48 del Código civil vigente:

«La licencia y el consejo favorable á la celebración del matrimonio deberán acreditarse, al solicitar éste, por medio de documento que haya autorizado un Notario civil ó eclesiástico, ó el Juez municipal del domicilio del solicitante.

»Del propio modo se acreditará el transcurso del tiempo á que alude el artículo anterior cuando inútilmente se hubiera pedido el consejo.»

Artículos de la ley del Timbre:

»20, núm. 3.—Timbre de 15 pesetas, clase 5.ª:

»Las escrituras en que se consigne el consentimiento ó consejo para la

notarial, la poca compenetración de sus individuos, la lucha interna entre sus elementos y otras tantas causas que sería prolijo enumerar, han hecho que en esta época de crítica se haya iniciado en el Notariado una tendencia á mudar de posiciones.

Mas no sólo á esto se reduce la discusión por las reformas, sino que llega á disputarse hasta la necesidad de tal institución.

De igual modo que en la mecánica todo tiende á la sencillez, acusando mayor progreso lo que en igualdad de condiciones es menos complicado, así en orden al derecho, por lo que se refiere á los fines que el Estado ha de cumplir, será tanto más perfecta su organización cuanto aquéllos se cumplan con la menor cantidad posible de servidores ó funcionarios, y no suceda lo que de todos nuestros organismos actuales dice D. Joaquín Costa: «En todas partes el cuerpo vive de los órganos, y aquí, al revés, desfallece y muere de ellos».

Si se estudia la verdadera naturaleza del Notariado, su función y el modo como se ejerce en la actualidad, sería muy discutible la necesidad de este órgano en la forma en que está

---

celebración del matrimonio, y las de reconocimiento de los hijos naturales.»

»59.—Se empleará el timbre de 0,75 pesetas, clase 13:

»1.° En las actas originales de consentimiento y consejo para contraer matrimonio, con excepción de las que fueren negativas, que se extenderán en papel de oficio del destinado á la venta pública.

»2.° En las certificaciones de dichas actas.»

«116.—Se empleará timbre de 0,75 de peseta, clase 13, en las actas originales de consentimiento y consejo paternos que autoricen los Párrocos, Notarios ó Autoridades eclesiásticas. Las que fuesen negativas se extenderán en papel de oficio del destinado á la venta pública.

»Igual timbre se aplicará en las certificaciones de partidas sacramentales, de defunción y de actas de consentimiento y consejo que se expidan á petición de parte. No se extenderán más de una en cada pliego.»

Importa el papel sellado que invierte el Notario civil en la autorización de la licencia ó consejo, con original y copia, 16 pesetas. El que por iguales conceptos emplea el Notario eclesiástico ó el Juez municipal, asciende, todo lo más, á 1 peseta con 50 céntimos, obteniéndose el mismo resultado.

constituído; y de seguir en tal estado, aun sería preferible hacer que desapareciese, ya que tantos otros organismos contribuyen á estenuar esta pobre nación, sangrada por una Administración chapada á la antigua, como nuestras primeras máquinas, con infinidad de ruedas y engranajes, que lejos de producir movimiento, le entorpecen con sus rozamientos y la pérdida de fuerza consiguiente.

El Notariado, hasta 1862, era un oficio público enajenado de la Corona, que se cotizaba en el mercado entre los que reunían condiciones especiales de aptitud, bien pocas por cierto. Después del año 62 perdió el carácter de oficio enajenable: el Estado, con la condición de indemnizar á los dueños de sus oficios, absorbió la función de delegar la facultad de dar fe de los actos y contratos al Notario como testigo de mayor excepción en todos los casos en que se solicita su ministerio; no respondiendo aquél en la generalidad de los casos, ni de la validez del acto, ni de la eficacia del contrato, pues lo único que en ellos pone es la autenticidad.

No teniendo el Notario más misión que la de dar autenticidad, bien se comprende que para sólo este objeto no se necesita gran competencia jurídica en aquél, y sí más bien una moralidad y rectitud probadas, no en oposiciones ordinarias y con exhibición de títulos académicos, sino con otra clase de pruebas que patentizaran la rectitud del funcionario, y con una disciplina rigurosa en el ejercicio, se afianzase su buen comportamiento en lo sucesivo (1).

(1) De conformidad con lo dicho arriba, en Portugal sólo se exige para el ingreso en el Notariado conocimientos muy rudimentarios; en cambio la moralidad ha de ser muy probada. Entre nosotros se exigen estudios superiores á los que ingresan en el Notariado, para darles un cargo nominal en cualquier pueblo de la Península, donde ha de compartir el trabajo con el barbero, el Secretario del Juzgado municipal y cualquier otro que sepa escribir y tenga alguna afición á hacer documentos ó expedientes, pagando solamente el Notario verdadero la matrícula por la industria para todos los Notarios de hecho.

Pero, si además de la autenticidad, se exige la validez de todo aquello que se autentice, la facultad del encargado de la fe pública es más elevada, y necesitará reunir, además de las condiciones antedichas, la competencia necesaria para calificar la validez del acto ó la eficacia del contrato. Claro es que esto disminuiría las colisiones de derechos que nacen al amparo de la falta de intervención de un funcionario con competencia suficiente para no autenticar aquello que no reuniese las condiciones legales.

Una venta otorgada por quien no tiene facultades para ello, puede ser invalidada por quien le perjudique; la hipoteca sobre fincas de dudosa propiedad, nada garantiza; el poder otorgado sin previo conocimiento de sus efectos, puede ser perfectamente inútil; el testamento en que un padre no respeta la legítima de sus hijos, es tan válido como el que más, aunque sea ineficaz en cuanto á la institución ó alguna de sus disposiciones. La venta, la hipoteca, poder y testamento, para cuya redacción se tengan en cuenta las solemnidades internas y externas, suponen en el Notario la competencia necesaria para calificar la eficacia de lo que autoriza.

Resulta, pues, que la función de dar autenticidad á los actos y contratos, si ha de radicar principalmente en un organismo creado al efecto, puede ser de dos modos: por el uno, los funcionarios de la fe pública habrían de autorizar todo aquello que demandasen las partes, con tal que fuese lícito ó no prohibido por las leyes, aunque el acto ó contrato no produjese los efectos legales. El otro modo de funcionar la fe pública, á la vez que autenticar, es el tener facultad de calificar lo mismo que se autentica, pudiendo negarse el funcionario encargado á dar carácter de documento público á aquello que no reuniese las condiciones internas previstas en el momento de su formalización, de cuya negativa podría recurrir el interesado en la forma que procediese.

Aunque no era tan radical como la distinción planteada, algo de lo primero sucedía con el Notariado antes de 1862: pos-

teriormente á esta fecha parece que se inició en parte lo segundo, al exigirse á los funcionarios encargados de la fe pública extrajudicial condiciones especiales, que más van encaminadas á la calificación que á la formalización tan sólo del documento.

En la reforma del Notariado, el año 62, no se pudo hacer otra cosa. Como sucede en todas las grandes reformas, que tropiezan siempre con los intereses creados, así sucedió con la del Notariado el año 62, en que no se pudo plantear en toda su extensión el principio de que el mismo funcionario que autorizase, calificara las condiciones intrínsecas del acto ó contrato, estableciéndose á la vez el recurso, Tribunal superior y procedimiento adecuado de apelación, pues todo esto vendría á ser consecuencia de la facultad de calificar el Notariado la validez del acto ó la eficacia del contrato.

El personal de que se componía el Notariado antiguo, respetabilísimo por todos conceptos, no tenía los conocimientos jurídicos que eran menester para recibir una reforma como la propuesta en toda su extensión. Por esta causa, al plantearse la del sistema Hipotecario el año 61, hubo necesidad de encomendar la calificación de los documentos públicos referentes á inmuebles ó derechos reales á un nuevo cuerpo, que por entonces se creaba: el de los Registradores de la propiedad, á quienes se encargó de las Contadurías de hipotecas. Estas oficinas, creadas con un objeto meramente fiscal, se transformaron con motivo de la reforma del sistema hipotecario, yuxtaponiendo á aquella función otra meramente jurídica, cual es la calificación de los documentos sujetos á inscripción. De ahí la naturaleza híbrida de la función del Registro de la propiedad, dependiendo del Ministerio de Hacienda por lo que se refiere á su función fiscal, y del Ministerio de Gracia y Justicia por su misión meramente jurídica, cual es la calificación de los documentos sujetos á inscripción; yuxtaposición que sólo puede explicarse históricamente por las razones expuestas al implantarse la reforma el año 63.

Ahora bien: una vez que el personal del Notariado ha llegado á renovarse casi por completo, con arreglo á la ley del 62, y realizado el problema que el legislador sin duda se propuso, de que el funcionario que diese la autenticidad tuviese competencia suficiente para calificar la validez ó nulidad de lo mismo que autorizaba, ¿convendría ya reunir estas dos funciones en un solo funcionario?

Oigamos sobre esta cuestión lo que dice el Sr. Costa, resumiendo las razones de los Sres. Santamaría y Maluquer, con motivo de un proyecto de ley sobre contratación ante los Registradores. Tales son las siguientes: «1.ª Que con el sistema actual de contratación, que requiere el otorgamiento de escritura pública ante Notario, los pequeños propietarios ven tan mermados sus productos de cultivo en relación con el valor de las fincas, que en sus préstamos rara vez pueden acudir á ese medio, imponiendóseles el crédito personal con intereses muy subidos, y que por eso no podrán obtener los beneficios del crédito agrícola el día que se plantee en nuestro país. 2.ª Que interesa sobremanera evitar en todo lo que se refiere á contratación inscribible en el Registro de la propiedad, la duplicidad de funcionarios que en la actualidad intervienen en ellos, Notario y Registrador, con todas las grandes desventajas que de ellas se deduzcan, duplicidad de dispendios y de tiempo, necesidad de explorar el Registro ó solicitar certificación del Registrador antes de comparecer ante el Notario, á fin de cerciorarse de los gravámenes de la finca ó derecho que ha de ser objeto del contrato, la frecuente diversidad de criterio entre el Registrador y el Notario y la consiguiente denegación de inscribir, etc. 3.ª Que con el nuevo sistema se evitaría el peligro de las segundas enajenaciones hechas en fraude de terceros adquirentes y la presentación de títulos falsos en el Registro de la propiedad, con los cuales el mayor propietario puede ser despojado y sumido en la miseria sin culpa y á pesar de haber cumplido con todas las formalidades que el derecho le exigía para garantizar su propiedad; y se evitaría ese peligro, porque el

contrato y su inscripción se verificarían en un mismo acto y sin solución de continuidad, no dándose tiempo, como ahora, para que en el espacio que media entre el otorgamiento y la inscripción se interponga un malvado que venda por segunda vez el inmueble ó derecho ya enajenado. 4.ª Que así se reunirían en un solo acto las causas remota y próxima de adquirir, ó sea el título y el modo, ó más claro, verificándose el acto ó contrato, y la tradición ó entrega legal y real de la cosa, por medio de los asientos, que deberían extenderse en el Registro de la propiedad, evitándose así la comisión de delitos contra la propiedad, tan perjudiciales y perturbadores como los antes dichos.»

Mas adelante, en su notable obra *Reorganización del Notariado*, dice el Sr. Costa, al tratar de la fusión de la Notaría y el Registro:

«Las ventajas de esta reforma saltan á la vista: sencillez, prontitud, seguridad, baratura; consecuencia necesaria, desarrollarse el crédito territorial, facilitarse el movimiento de la propiedad inmueble, removerse una de las causas que han engendrado la crisis agrícola. El servicio es más rápido, exige un sacrificio menor; pero además, mirado desde el punto de vista del derecho, es más perfecto por lo que respecta á los contratos sobre la propiedad inmueble, en cuanto desaparecen cuatro riesgos que tan á menudo dejan burlados ahora á los propietarios y otorgantes: primero, las segundas enajenaciones en fraude de anteriores adquirentes; segundo, la presentación de títulos falsos en el Registro; tercero, la falta de anotación al pie de la escritura, de supuestas inscripciones no hechas en el Registro; y cuarto, la denegación de inscripción después de haber satisfecho los impuestos del timbre y de transmisiones, y de haber sido pagado el precio de la venta ó entregado el capital del préstamo á un vendedor ó prestatario, de quien tal vez no puedan ya recobrarse. Reducidos á un solo instante del tiempo los dos de ahora, la fecha del título y la de su presentación, la adquisición del dominio y la de la posesión legal,

siendo la escritura y la inscripción una misma cosa, la máxima *prior tempore potior jure* recobra su valor propio, perdiendo el absurdo y antijurídico que ha recibido con referirse al modo y no al título, á lo adjetivo y no á la sustancia: desaparece la necesidad de esa declaración del Código civil, según la cual, cuando el propietario enajena unos bienes inmuebles á dos ó más personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título, y desaparece, porque en ningún caso caben dos enajenaciones de un inmueble ó derecho real por una misma persona. Desaparece la posibilidad, que hoy afea nuestro derecho civil, de que una inscripción obtenida fraudulentamente convierta en ciertos ó legítimos, contratos falsos ó nulos, con despojo del legítimo dueño; monstruosa consecuencia á que ha llevado el rigor de sus principios la ley Hipotecaria, y de que un tercero, comprador de buena fe, sea perseguido como cómplice en el fraude. Desaparece asimismo la calificación de los documentos como acto distinto de su autorización, y los rozamientos, dilaciones, gastos y perjuicios á que da lugar con la suspensión ó la denegación de inscripción y los recursos gubernativos consiguientes. Desaparece el problema de si ha de ser inscripción ó transcripción. Desaparece la necesidad de sacar certificado de cargas y demás en el Registro, como trámite previo á la compraventa, á la permuta, á la constitución de hipotecas. Desaparece la necesidad de pagar dos veces á distintos funcionarios por un solo servicio» (1).

---

(1) Desaparecía con esto, además, el absurdo que resulta de que un oficial de Registro, enteramente iletrado, á quien nombra sustituto el Registrador en ausencias y enfermedades, de meses ó aun de años, pueda calificar los documentos autorizados por Notarios letrados; y no se daría el caso de que un escribiente despedido de una Notaría pueda desde el Registro de la propiedad, sin otros títulos que el simple nombramiento de Registrador sustituto, calificar los documentos autorizados por su antiguo principal, pues aunque dice la ley Hipotecaria que el sustituto desempeñará sus funciones bajo la

Si hemos de juzgar por sus resultados el sistema hipotecario vigente, ni el crédito territorial ha obtenido las ventajas que se esperaban del nuevo sistema el año 1862, ni la propiedad afluye al Registro en la forma que era de esperar, puesto que hay Registro en que no se ha inscrito el 5 por 100 de la riqueza inmueble, y en todos ellos la inscripción del dominio disminuye en una proporción espantosa, aumentando la de la posesión, con su cortejo de informalidades; cambio de linderos, alteración de cabidas y otra porción de artificios, que al amparo de las disposiciones vigentes en materia de informaciones de posesión, constituyen una industria lucrativa de gentes peritas en esta clase de asuntos, que es la especulación que ha sustituído á la de confección de testamentaría, las cuales en su tiempo se prestaron á no menores abusos, transformando de esta suerte el Registro de la propiedad en Registro de la posesión, frase que se ha repetido mil veces por ilustres publicistas y aun por la misma Dirección general de los Registros, de tal forma, que éstos ya no responden al objeto para que fueron creados, y las inscripciones de posesión por sí solas han de hacer más estériles los Registros de la propiedad que las antiguas Contadurías de hipotecas, creando un estado de confusión en la propiedad inmueble con los documentos privados, expedientes posesorios, escrituras públicas, inscripciones de posesión y de dominio, que sólo podrá conocerse el día que se reformen los procedimientos de enjuiciar y sea más accesible la justicia, pues con los actuales, existe lo que el Marqués de Zafra decía no hace mucho desde las columnas de *El Nacional*: «una verdadera denegación de justicia».

El Notariado, á la vez, atraviesa una crisis tan profunda, que en precipitada decadencia marcha á su desaparición. La tendencia, bien marcada, es á segregar cuanto se pueda de la competencia del Notariado. Así vemos el expediente poseso-

responsabilidad del Registrador, y será removido siempre que éste lo solicite, esto es dar al cargo cierto carácter patrimonial y privativo, incompatible con el servicio público.

rio sustituyendo á la escritura, el testamento ológrafo al autorizado por Notario: ciertas comparecencias de los otorgantes ante los Registradores y Jueces municipales suplen algunas escrituras y actas notariales. El art. 1324 del Código civil vigente da facultades á los Secretarios de Ayuntamiento para que puedan autorizar capitulaciones matrimoniales, siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan á un total los de marido y mujer que no exceda de 2.500 pesetas, y en el pueblo de su residencia no hubiese Notario. También les faculta para llevar su protocolo de originales, que custodiará en el archivo del Municipio correspondiente, como los Secretarios de los Juzgados municipales custodian otra especie de protocolo, que son los originales de los expedientes posesorios. A otra reforma que se haga en el Código, es seguro que estas facultades de los Secretarios de Ayuntamiento y de los Juzgados municipales habrán de ampliarse, porque reduciéndose cada vez más las Notarías, se alejan de los otorgantes, y haciéndose difícil los instrumentos públicos otorgados ante Notario, forzosamente habrá de suplirse su falta por otros funcionarios.

Si el legislador va directamente á la supresión del Notariado, no menos avanza en tal sentido la costumbre y el instinto público por medios indirectos: los documentos privados, aun sobre inmuebles, son preferidos por su economía á las escrituras públicas, porque éstas absorben el valor de la pequeña propiedad; los juicios convenidos sustituyen á las escrituras de préstamo ante Notario, por ser aquéllos más económicos para el deudor y acreedor; el excesivo coste de las escrituras públicas y del Registro de la propiedad matan el crédito territorial; las particiones privadas de herencia se imponen ante el cúmulo de dificultades que en la generalidad de los casos entorpecen el otorgamiento de la escritura de partición.

Todo lo dicho abona el que la función de autenticar deba estar unida á la de calificar en un mismo organismo, y no sólo esto, sino que la inscripción y la autorización se verifiquen por

un mismo funcionario y en una misma oficina, llámese el encargado Notario ó Registrador, que para el caso poco importa la cuestión de nombres, ni de cargos ó personas, lo cual pudiera ser á lo más un incidente en la realización de la reforma: ya el espíritu público se ha anticipado á marcar su tendencia, y el alcance que ha de tener.

La propiedad inmueble no puede soportar más tiempo la pesada carga que suponen la Notaría y el Registro; y más tarde ó más temprano ha de imponerse una simplificación en los títulos de dominio.

Mientras esto no suceda, será letra muerta cuanto disponen las leyes Hipotecaria y del Notariado para la mayoría de la propiedad inmueble.

Por otra parte, los Registros de la propiedad, que tan poco fruto han dado para el desarrollo del crédito territorial, están llamados, como oficinas de Hacienda que fueron en su origen, á adquirir el mismo desarrollo que en la actualidad tienen los problemas de Hacienda y que merecen un estudio especialísimo, no sólo por parte de los funcionarios centrales, sino también de los encargados en provincias de la aplicación de las leyes fiscales.

Mucho hay que estudiar todavía en cuanto á la equidad en la tributación, y no menos falta que hacer en los sistemas de recaudación. Acaso uno de los mayores defectos de la Hacienda española sea la excesiva unidad en la aplicación de las leyes fiscales, sin la flexibilidad necesaria para dar cabida en ellas á la variedad que suponen los distintos países en cuanto á su riqueza, clase de producciones, industrias, usos y costumbres de cada país, etc. etc.; elementos que tanto suponen en la imposición y recaudación de tributos.

Es bien extraño que hasta los últimos detalles de cualquier reglamento ó circular en materia de tributos haya de cumplirse lo mismo en Madrid que en la última aldea de Galicia, de igual modo en los pueblos fértiles de Valencia que en los más miserables de la provincia de Soria.

Si en general el estado de derecho debe ser producto, entre otras condiciones, de los usos y costumbres de cada país, las leyes en materia de tributación parece que debían tener más en cuenta tales circunstancias. Además, el estudio de la imposición y recaudación de tributos se hace mejor cerca de las fuentes contributivas de donde han de partir las estadísticas y toda clase de comprobaciones en estas materias, que, como antes hemos dicho, han llegado á adquirir tal importancia, que absorben por completo la atención de los Estados modernos, y ningún organismo actual puede ofrecer mejores condiciones para el desarrollo de estas cuestiones financieras que los Registros de la propiedad, por su tradición, y por estar en la actualidad encargados de la recaudación de uno de nuestros principales impuestos.

Reunidas en un solo funcionario y oficina las funciones de autenticar y calificar; modificado el sistema hipotecario en el sentido de evitar gastos, dilaciones y entorpecimientos en la contratación, se hace precisa una ley de Procedimiento en la que se refundan las del Notariado é Hipotecaria, toda aquella parte de la ley de Enjuiciamiento civil que no se aviene bien con las demás materias contenciosas de ella, pues sólo por tradición, ó acaso por una necesidad, han seguido en la misma ley la jurisdicción voluntaria y la contenciosa.

Además de las materias indicadas, podría incluirse en dicha ley de Procedimiento toda la parte adjetiva del Código civil, segregando de él muchas de sus disposiciones, que son más bien reglamentarias.

SANTIAGO MÉNDEZ PLAZA.

LA IMPUTABILIDAD

ANTE LAS ESCUELAS ANTROPOLÓGICAS (*)

IV

SUMARIO: La nueva ciencia penal pretende estudiar al hombre con abstracción de su sustancia espiritual, fijando como base de observación experimentos psiquiátricos, y trastornando las ideas admitidas sobre el delito, el delincuente, la pena y el derecho de castigar.—Conflicto que surgía entre la negación de la imputabilidad y el castigo necesario de los criminales: comparación del hombre con los animales dañinos y con los locos: monstruosa deducción de castigar lo mismo al criminal que al enajenado. —Sustitución de la responsabilidad moral con las leyes naturales de la selección y de la adaptación, esterilizando el tipo criminal.—Consecuencias de la negación de la imputabilidad.

La noción de la imputabilidad, tal y como la expone la escuela que profesa la creencia en el libre albedrío del hombre, ha sido rudamente combatida por las teorías antropológicas, que hoy se disputan el antes neutral campo del derecho penal.

La libertad moral del hombre, ya combatida por algunos espiritualistas de la antigüedad, que subordinaban el desenvolvimiento de los destinos del sér racional á designios preestablecidos por la Providencia, ó á la fatalidad del hado, aparece reueltamente negada por el positivismo moderno, cuyas doctrinas materialistas han conculcado las fundamentales nociones

(*) Véase la pág. 450 del tomo 98 de la REVISTA.

del espiritualismo clásico sobre el delito, la pena y el derecho de castigar.

Ya lo hemos indicado en otro lugar de este Estudio: la filosofía descreída y llena de grandes atrevimientos en favor de los tenidos por desheredados de la gran familia humana, las tristes consecuencias del darvinismo, expuestas en las obras de H. Spencer; el desarrollo de la sociología, y los errores económicos de los Gobiernos, que se preocupaban muy poco, ó no acertaban á solucionar los grandes problemas de la Economía política, eran otros tantos factores importantísimos para la renovación de antiguas creencias, que han dado por resultado, no una nueva ciencia penal, pero sí unos principios muy distanciados de los hasta hoy dominantes en materia de imputabilidad.

El espiritualismo había estudiado al hombre al considerarle como sujeto de los actos imputables, en el sólo aspecto de su naturaleza moral, buscando el fundamento del delito en esa misteriosa labor psicológica integrada por elementos sensitivos, que predisponen la voluntad al mal obrar, por factores conscientes constituídos sobre operaciones del entendimiento, y en fin, por determinaciones resueltas del ánimo, libres de todo error ó coacción, que exteriorizando el acto, y dando vida real al delito, requerían la sanción efectiva de la ley.

Los positivistas han abandonado ese camino. Estudiando al hombre con abstracción de toda sustancia inmaterial, que resueltamente aparece negada, ponen exquisito cuidado en fijar como puntos de partida de la ciencia penal, observaciones psiquiátricas individuales, pretendiendo por un verdadero método inductivo convertir esas hipótesis particulares en verdades incontrovertibles y de carácter general. Con ello se transforma en causa interna y subjetiva lo que á nuestro entender es elemento auxiliar de la misma causa psicológica, y en la cual reside la potencialidad de nuestro obrar, pretendiendo de modo resuelto divorciar la responsabilidad ante la ley de la llamada responsabilidad moral.

Realmente los modernos escritores antropologistas que pre-

tenden haber encontrado *nuevos horizontes á la ciencia penal* (Mr. Ferri), nada original ofrecen á la consideración de los hombres pensadores y la crítica más benigna vería muy pronto en sus teorías la reproducción de todos, absolutamente todos los principios expuestos por los positivistas del siglo XVIII, Espinosa, Hobbes, Holbach, Fontenelle, etc., quienes á su vez fueron á buscar sus inspiraciones en antiguas escuelas materialistas, ya realmente dadas al olvido en los dominios de la ciencia.

La escuela antropológica estudia al delito como un acto de atavismo, como un fenómeno morboso, como el producto de una anomalía psicofísica, como resultado, en fin, de un organismo anormal; en consecuencia de cuyos principios, el delincuente, á quien algún antropólogo miraba como una desviación del tipo humano, incide fatal y necesariamente en el delito, porque á él le llevan la herencia, la constitución orgánica, la configuración externa ó interna de su persona física, el medio ambiente que le rodea, el aire, el clima y aun los alimentos que la Naturaleza le ofrece. En suma: el criminal es criminal, y no hombre honrado, como pudo nacer de arrogante estatura ó pequeño, rubio ó moreno, de temperamento nervioso ó de constitución sanguínea. Los delincuentes son «seres que nacen privados de sentimientos morales, deshumanizados por la naturaleza ó por las circunstancias» (Ribot); y el delito es una neurosis limítrofe de la locura, una degeneración psicológica, al decir de unos positivistas, mientras que otros entienden que la virtud es un fenómeno neurótico, y que los hombres honrados son precisamente el tipo anormal y desequilibrado. (Garofalo y Lombroso, Albrecht y Moleschott.)

Si, pues, el delito es obra de la fatalidad; si la escuela antropologista niega toda noción de deber moral, y si era monstruoso exigir responsabilidad por aquello que era fatal é inevitable al hombre; si la noción de imputabilidad, en una palabra, había perecido en ese naufragio horrible de las ideas de conciencia, libertad moral y de justicia, el crimen debiera quedar impune, y cuando más, la *pena* debiera ser sustituída por

el *tratamiento*, la cárcel por el hospital y los Tribunales por jurados de médicos especialistas en esto de las elucubraciones del antropologismo.

Era realmente un conflicto tremendo el que surgía de la negación del libre albedrío, sobre el cual descansa la imputabilidad y la conservación necesaria de la pena, la cual sólo es justa cuando se declara previamente la culpabilidad del agente en cuanto hizo aquello que quiso, *pero que pudo dejar de hacer*. Ese antagonismo entre el desconocimiento de la libertad moral y la admisión del derecho de castigar á quien no era culpable, habían pretendido en vano resolverle los filósofos positivistas del siglo XVIII, sosteniendo que podría conservarse la penalidad sin la creencia en el libre albedrío. «El hombre, escribía Espinosa, que aun por causa de enfermedad no puede dominar sus pasiones, siquiera merezca excusa en razón á la deficiencia de su naturaleza, no puede disfrutar de la paz del alma, y por respeto á la ley debe morir.» Stuard Mill, de acuerdo con Espinosa y Loche, comparando al criminal con las fieras, entendía, «que con ó sin libre albedrío, era lícito el castigo en la necesaria proporción á la necesidad de librarnos del peligro ante las asechanzas de los delincuentes». Otros positivistas, igualando á los criminales con los locos, sobre cuya irresponsabilidad no debía ni podía dudarse, encontraban justificada la imposición del castigo á aquéllos y á éstos; sacrificio doloroso, pero absolutamente necesario, ante el supremo interés de la sociedad de evitar lo peligroso y dañino de los atentados de unos y de otros. Para todos, afirmaba resueltamente un conocido antropólogo, debe existir la represión, sean locos ó sanos de espíritu, «porque igual es el perjuicio causado por sus actos á sus semejantes». (Dr. Le Bon, *Revista de Filosofía.)*

Es ciertamente muy doloroso observar á qué extremo conduce el apartamiento de la ciencia de aquellas nociones inmutables, escritas por Dios en los pliegues del corazón humano, y que son norte fiel y seguro que lleva nuestro entendimiento

á la posesión de la verdad. La conciencia se subleva con imponente alzamiento contra la idea cruel de imponer el más leve castigo á un sér irresponsable, y el espectáculo de ver morir á un pobre enajenado á manos del verdugo, equiparándole al asesino miserable, á nombre tan sólo de un egoísta interés social, levantaría en el corazón de los hombres honrados una justificada protesta de indignación contra una ley tiránica, monstruosa y absurda. No sería seguramente esa ley, aquella que, al decir de Cicerón, en tanto merecía tal nombre en cuanto fuese la expresión de la voluntad de los dioses, y como ella inmutable y eterna: sería, sí, el fiel reflejo de una sociedad concupiscente, descreída y refinadamente egoísta, en la cual habían naufragado todas las grandes ideas del deber, de la caridad humana y de la justicia.

El objeto primordial de la escuela antropológica, es, como discretamente observa un distinguido tratadista, aplicar los principios del darvinismo á la legislación penal, reemplazando á la idea de la responsabilidad moral, ó sea de la imputabilidad de los actos humanos por consecuencia de nuestro libre albedrío, con las leyes zoológicas de la selección y de la adaptación al medio ambiente. Garofalo, en su *Criminología*, ha formulado con bastante precisión los principios fundamentales del derecho de castigar, con abstracción de todo supuesto de imputabilidad subjetiva. «Es la sociedad, dice, un organismo que en un verdadero instinto de defensa, se reacciona contra el daño causado por el delito sirviéndose de la pena.» Su derecho á castigar se sustenta, pues, no sobre la sacrosanta idea de la justicia, sino, como ya entendían Benthan y Stuard Mill, sobre la utilidad del mayor número, á la cual viene ó debe venir subordinado absolutamente el individuo. Si éste no se adapta al medio ambiente en que está llamado á vivir, la sociedad, en el pleno ejercicio de su reacción contra el delito, debe eliminarle, seleccionarle de su seno, porque no ha sido posible su *adaptación*. Y claro es que esa eliminación ha de relacionarse con los términos de la posibi-

lidad de adaptación, por lo cual el derecho del poder social se extiende desde la imposición de la pena de destierro hasta la de muerte, ó abandono del culpable para siempre, relegándole en una isla salvaje, y privándole de reproducirse, *esterilizando, si es preciso, el microbio generador*. La supresión de las circunstancias eximentes y atenuantes, y el establecimiento de la proporcionalidad de la pena en razón á ser el delincuente más ó menos peligroso, completan esa nueva teoría, que da en tierra con el tradicional derecho y con todas las nociones acerca de la imputabilidad en los delitos.

El fondo de la teoría antropológica es, por lo que se va exponiendo, profundamente desconsolador. Despojado el hombre de sus facultades anímicas que le elevan sobre el nivel del bruto, equiparado el criminal al perro rabioso, según Sarcey, á la víbora; según Le-Bon, á las fieras; al decir de Stuard-Mill, al topo, como entiende Fouille, y á las pulgas, según en el Congreso de San Petersburgo se denominó á los mendigos, preconizándose el incuestionable derecho de la sociedad á exterminar al delincuente como se aplasta al reptil que nos acecha, es lógico pensar que así como la Naturaleza, en bien de la especie, procura eliminar al ser degenerado é impide su reproducción, de igual modo el Poder público favorece la obra de la Naturaleza matando y esterilizando al criminal, que es, según Venturi, una desviación monstruosa del tipo humano.

¡Cuán trancendentales son los errores de la llamada Ciencia antropológica!... El estudio del hombre, limitado únicamente á su naturaleza fisiológica, como si en él no palpitase algo inmaterial é incorpóreo que le da la noción de su propia grandeza y dignidad, no conducirá á otro resultado final que á la lógica afirmación del Dr. Albrecht, según la cual, «el hombre es un mono de la más degradada y abyecta especie». El desconocimiento de la imputabilidad de los actos humanos, como natural consecuencia del gran principio del libre albedrío, hará que no se encuentre en modo alguno la justicia de la pena, que la crueldad reemplace á la misericordia, sin que

pueda concebirse el arrepentimiento que purifica, ni la enmienda que regenera. *Los nuevos horizontes*, que Mr. Ferri nos ofrece, no serán seguramente la enhiesta y soberbia montaña en cuyos altos picos se refleja la luz del claro amanecer, sino el cercano divisar de un abismo, en cuyo negro fondo caerán con velocidad estruendosa todas las grandes verdades de la Ciencia penal.

V

SUMARIO: Sustitución en las teorías positivistas de la idea moral de culpabilidad por la de temibilidad del criminal.—Consecuencias del principio: la desproporcionalidad de la pena y la desaparición de las circunstancias modificativas.—La utilidad es un factor muy atendible en el derecho de castigar y ella ha de fundamentarse sobre la justicia.—Los derechos privativos del hombre no se anulan ante el derecho de la sociedad.—La razón de las circunstancias excluyentes ó modificativas está en los elementos morales de la delincuencia, armonizando la misericordia con la justicia.

Descartada la libertad moral que preside á todas las manifestaciones del querer humano como razón de la imputabilidad de nuestros actos, y sustituída por un fatalismo necesario, producto, bien de un retroceso atavístico, bien de una conformidad orgánica, de una degeneración fisiológica ó de anormalidades cerebrales, los deterministas, que creen es imprescindible castigar á nombre del supremo interés social, establecen una inadmisible teoría, según la cual, imputable ó no al delincuente el delito, es de necesidad su inmediato castigo. Partiendo de un supuesto profundamente materialista, entienden que, aun negadas las ideas de mérito y demérito y desconocida la moralidad de las acciones humanas, allí donde el hombre, consciente ó inconscientemente, causó un daño, la sociedad, reaccionando en su propia defensa, debe imponer la pena. Los Jueces, dicen, no habrán de interrogarse si el culpable obró ó no con libertad, si al delinquir era un criminal ó un enfermo, sino si su acto fué nocivo, si aquél es ó no peligroso; mi-

diendo la proporcionalidad de la pena, no en orden á la maldad moral del autor del delito y á la extensión del mal causado, sino relativamente á la *temibilidad* del agente.

Esta original teoría es á todas luces absurda, y los mismos criminales, con un sentido práctico negado por lo visto á hombres de grande altura intelectual, protestarían contra lo enorme de la pena que no se conformase con la extensión moral de un delito. Un hombre inculto, propenso á la embriaguez, acusado de pequeñas raterías y reincidente en el hurto; un sujeto de carácter pendenciero, llevado por segunda ó tercera vez al Tribunal como reo de lesiones, pudiera ser estimado más peligroso que un homicida ó un asesino miserable, y al aplicar á estos últimos una pena mucho menor que á los primeros, un sentimiento de justicia, de que los más abyectos criminales no están privados ciertamente, les haría revolverse contra tamaña iniquidad. No hay persona alguna que aperciba con más recto criterio la proporcionalidad de la pena que el mismo que la sufre, y su conformidad, cuando la cree merecida, es la sanción más acabada de su justicia.

Todo el cuadro de circunstancias eximentes y atenuantes desaparece, asimismo, con los principios sustentados por la escuela antropológica. Las exenciones en los Códigos parten de un supuesto fundamental, á saber: la no existencia del delito, y de consiguiente, de la imputabilidad que en otro caso sería exigible. En el orden de la ley no puede sernos imputable aquel acto del cual no habremos ante ella de ser responsables; mas para los deterministas, como el delito es un fenómeno morboso, un mal causado fatalmente, un daño á la entidad social, del cual es responsable el hombre en todos los casos, las exenciones de responsabilidad son absolutamente insostenibles. «El hombre, sostiene Ferri, es responsable, no por y en cuanto es moralmente libre, sino porque y en tanto es un ser eminentemente social.» El interés colectivo exige, al decir de los antropologistas, el sacrificio del individuo, quien habrá de soportar todas las exigencias del mayor número,

como disfruta de sus ventajas; sin que tenga por qué cuidarse la sociedad al imponer el castigo, escribe Mr. Littre, de si el delito fué ó no cometido con libertad, porque el interés social se sobrepone á toda idea abstracta y metafísica de la justicia.

Como resultado de estas doctrinas, si la pena es, según afirma Moleschott, «la expresión de las necesidades de la especie, y una simple depuración de ésta, eliminando por medio del castigo al individuo degenerado»; si para gran número de antropólogos, á las lenidades del *tratamiento* para los desequilibrados irresponsables, como entienden serlo los delincuentes, hay que sustituir la horrible crueldad del abandono del criminal en una isla, y aun su muerte, es adecuado á ese rigor insano borrar de nuestros Códigos todo motivo de excusación y de simple atenuación de la imputabilidad. De otra parte, si los delincuentes son irresponsables en el sentido de que por su naturaleza fisiológica, ó por causas á ellos no imputables, no pudieron dejar de delinquir, negada la responsabilidad criminal, no es posible reconocer circunstancias que la excluyan ó modifiquen atenuándola. Natural, aunque desconsoladora consecuencia de tan absoluta negación, es la de que el niño delincuente ha de ser necesariamente castigado, pues descartadas las razones de no imputalidad moral, el niño, como el loco, ha producido un daño, la sociedad habrá de reaccionarse contra ese individuo en suprema, si no justa defensa, eliminando al individuo á quien el positivismo equipara á los seres de la escala inferior zoológica, ayudando la ley con esa labor eliminatoria la obra de la Naturaleza que prematuramente extingue el vivir de aquellos que no se adaptan al medioambiente que los rodea. El niño, como el demente, y aun como el hombre sano, no fueron, según los *visionarios* metafísicos, *sujetos* de imputabilidad, porque no tuvieron conciencia del acto ejecutado; pero ello no obstante, todos ellos deben ser *objeto* de pena. Tal es la fuerza de las consecuencias cuando el principio es falso; tal el risueño porvenir de la justicia en poder de los humanitarismos de los reformadores. Sin duda, para

contrarrestar tal absurdo, el materialista Stuard-Mill, pretendiendo conciliar ideas antitéticas, no vacila en aventurar que el hombre, aún privado del libre albedrío, es responsable de su carácter, el cual es obra de alguna fuerza inteligente y que le permite obrar como obró. Pero según discretamente observa un distinguido escritor, esa afirmación de que el hombre es responsable de su carácter, siempre que la acción ejecutada dependa de su voluntad, no puede ser armonizada con el determinismo, que niega esa gran potencia psicológica, y por tanto, rechaza la voluntariedad de los actos humanos. (L. Proal.—*El delito y la pena.*)

Los grados de imputabilidad en el agente han de apreciarse de modo necesario por la extensión de su libertad moral. Este principio inmutable da vida en el Derecho á las circunstancias atenuantes de la responsabilidad, más debilitada en el orden moral cuanto más enérgicos hayan sido los motivos que la voluntad ha encontrado en su camino para apartarse del bien, que es su última aspiración. Es un hecho de experimentación psicológica, que solicitadas á veces nuestras facultades volitivas por manifestaciones del orden sensible, la inteligencia no percibe con perfecta claridad el hecho que se ofrece á nuestra voluntad, y al resolverse á obrar, el hombre no es dueño absoluto de su albedrío. La injuria que enrojece nuestro rostro y nos recuerda el peligro en que nuestra dignidad se encuentra, no nos lleva fatalmente al crimen; pero la voluntad parece como empujada por una corriente interior de misteriosa fuerza, la inteligencia se siente débil y falta de serenidad para el consejo, y, en conclusión, nos consideramos menos libres, siquiera nuestra conciencia nos confirme que la voluntad no está anulada por completo y que por ello somos responsables de lo que hacemos. Porque si la voluntad no se determinó libremente, si nuestro acto fué un movimiento primo, si obramos violentados por la coacción moral ó la fuerza incontrastable, la atenuación alcanza los límites de la exención completa de todo motivo de imputabilidad.

Repetimos que estas grandes modificaciones del principio de la imputabilidad de nuestros actos conscientes y voluntarios, son rechazadas por los deterministas, ante la necesidad absoluta de la defensa social contra el delito, fundada en un utilitarismo egoísta y cruel. Ciertamente que la utilidad es un factor importante en esto del derecho de castigar. Moralmente, todo lo útil es bueno y todo lo bueno es necesariamente justo; pero la utilidad no es el fundamento de la justicia, sino ésta lo es de aquélla. La ley positiva que prohibe el homicidio, proclama un precepto útil á la sociedad, porque conforme á la noción moral de bondad, la muerte violenta de una persona es siempre perjudicial, mala é injusta. Y si la ley, por una mentida utilidad social, decretase sin forma de juicio el exterminio de gran número de asociados, éstos con indiscutible justicia protestarían contra el atentado feroz al derecho individual y privativo del hombre, integrado en el respeto de su vida por los demás. Tiene, pues, razón un escritor discretísimo: «el legislador no crea lo justo ni lo injusto; lo que hace es proclamarlo.» Sabido es de todo el mundo, que cuando la ley escrita no se conforma con esas grandes nociones de justicia, que el más rudo de los hombres siente en su interior, á despecho de los positivistas que niegan todo sentimiento inmaterial, el mandato del legislador sólo es efectivo por la fuerza y por la violencia. La tiranía de la ley, se ha dicho oportunamente, es la más irritante de todas las tiranías.

El hombre no viene á la sociedad abdicando previamente de todos sus derechos: aparte de los que posee sobre la constitución de la familia, y sobre su propiedad, que traspasan más allá de su existencia en la tierra, como lo demuestra la facultad de testar, posee un derecho primordial, anterior á toda ley, y que el sér racional apercibe con la fuerza grandiosa del instinto, á saber: el derecho de defender su vida y la vida también de los que con él forman la santa institución de la familia.

No sabemos cómo la escuela antropológica armonizará la

virtualidad de ese derecho con el de defensa egoísta de la colectividad; lo que sí recordamos que en uno de los Congresos antropológicos Mr. Dally sostuvo: «que la sociedad posee un derecho absoluto sobre todos los individuos del cuerpo social»; lo cual parece significar que los demás derechos quedan subordinados á él, y que el individuo resulta completamente anulado ante las exigencias del mayor número.

Negada por la escuela antropológica la perversidad intencional del culpable, que, loco ó cuerdo, degenerado ó normal, incide en el delito con fatalidad irremediable, desaparecen asimismo del derecho gran parte de las circunstancias agravantes, las cuales, como es sabido, aumentan las consecuencias del acto imputado. No hay premeditación en el ánimo del agente, no hay alevosía en la ejecución del delito, si éste ha sido realizado fatalmente; pero á la vista del anacronismo de imponer igual castigo al asesino miserable que al que mata en el acceso de una pasión violenta, Garofalo y sus adeptos han tratado de buscar esas agravaciones en la lesión más caracterizada del sentimiento de compasión y en otras causas poco en armonía con la naturaleza intrínseca de la responsabilidad. ¡Tan cierto es, que no hay nada más difícil en las ciencias que divorciar sus principios de los admitidos como indiscutibles por el común sentir de los hombres!

La razón de las circunstancias excluyentes ó meramente modificativas de la imputabilidad del delito, está sin duda alguna en los elementos morales que integran el proceso psicológico de la delincuencia. Cuando el criminal, por efecto de una meditación fría y reflexiva, ha madurado ferozmente el plan del delito; cuando en horas fatídicas ha combinado en las soledades de su espíritu, y desoyendo los dictados de su conciencia, la forma de realizar el crimen eludiendo la posibilidad del riesgo en su persona, merece ciertamente todo el rigor de la ley. Pero ésta, que sólo alcanza ese nombre cuando se conforma con la noción de la justicia, habrá de mirar con misericordia á quien va al delito conturbado su espíritu por la fuer-

za de una pasión disculpable ante la moral, de igual manera que habrá de eximirse de pena al hombre que, por causas que no le son imputables, realiza un mal efectivo, pero de cuyas responsabilidades está legalmente excusado.

La misericordia hermanada con la justicia: he aquí el gran principio de la escuela espiritualista; la dureza en el castigo y la no proporcionalidad de la pena con el delito: he aquí las prácticas consecuencias de las teorías del determinismo...

VI

SUMARIO: La fraternidad humana está en el desarrollo de la vida moral.—La ciencia penal espiritualista establece sobre la tesis del libre albedrío la gradación de la responsabilidad, y distingue con el auxilio de la medicina al criminal del enfermo, sin cometer un crimen de lesa humanidad.—El tipo humano existió siempre.—Estudio sobre el llamado tipo criminal.—Los degenerados.—Los hipnóticos y sugestionados.—Reacción de la escuela antropológica contra los criminales y los enfermos.—La pena de muerte.—Lo que debe ser la antropología en el derecho penal.—Importancia de los factores sociales.—La escuela clásica italiana.—Conclusión.

El erróneo propósito de separar de la noción de la imputabilidad en los delitos de toda idea de moralidad, ha llevado á la escuela positivista de antropología á consecuencias precisamente opuestas á las tendencias de bienhechora influencia en los destinos de la sociedad, de que en vano alardean sus secuaces.

Pudiéramos decir, con el Dr. Dolsa y Ramón *(Concepto de la degeneración)*, «que lo que ha de conducir á la fraternidad humana y á la práctica de las virtudes sociales, no es la idea de escuela introducida solamente en el campo de nuestra memoria, sino el desarrollo de la vida moral, de esa vida altruísta sintetizada en el Decálogo, y que nos impulsa á prescindir del yo para amar al prójimo como á nosotros mismos».

Porque, en efecto, el desenvolvimiento de la vida social descansa sobre la ley no escrita del amor y del sacrificio mútuo, ley inspirada en el misterioso, pero innegable instinto de la sociabilidad humana.

En obediencia á sus mandatos, y en bien de los semejantes, abdica el hombre de una libertad, cuyos absolutos términos resultarían prácticamente inconciliables con el derecho común á todos, cooperando así á la gran función social á que su propia naturaleza le llama, y contribuyendo por medio del amor á los otros hombres, á la ansiada fraternidad humana.

Una sociedad utilitaria y egoísta, cuyos derechos pretenden sustentarse sobre la anulación del individuo ante la fuerza del número, no podrá reclamar seguramente de los asociados que, sacrificando éstos sus privativas conveniencias, arriesguen su bienestar y hasta su vida en beneficio de los demás, ni en ella se comprenderían las grandes virtudes sociales, cuya práctica en el mundo es más frecuente de lo que el excepticismo de los actuales tiempos hiciera esperar.

Los grandes ideales de la familia y de la patria, no tardarían asímismo en desaparecer, si por encima de todos los convencionalismos humanos no palpitase algo superior al egoísmo individual ó colectivo, y si esa ley del sacrificio en bien del mútuo afecto no fuese una verdad incontrovertible. Preguntad á la madre por qué loca de dolor confunde su aliento lleno de vida con el emponzoñado respirar del hijo de su alma que agoniza;—por qué al padre honrado le representa grandes amarguras la recta educación de sus pequeñuelos, y pensad, en fin, en lo que sería esta humanidad azotada por las enfermedades, por la vejez y por la pobreza, si el egoísmo no quedase anonadado ante la generosidad del increible sacrificio.

No se privará seguramente el rico de sus bienes para socorrer al menesteroso, ni el pobre se conformará con los rigores de su suerte despiadada, ni irá el soldado de la patria al combate donde la muerte es el premio al heroismo, si no se afirma con incontrastable fe en lo más recóndito del alma la creen-

cia en los grandes ideales, que engendra á su vez la práctica realización de las grandes virtudes sociales.

Y ese raudal de grandes afectos que fecunda y vigoriza al vivir social, se extiende también á nuestros semejantes que tuvieron la desgracia de incidir en el delito. Enfermos de espíritu los delincuentes, requieren el derecho de la compasión de los demás, no su abandono primero, y su exterminio más tarde, por la sola razón de haber delinquido. Porque la justicia, como función humana, no es el acto iracundo y cruel del poder público ensañándose en el castigo, sino la dolorosa, pero necesaria represión encaminada á la restauración del orden conturbado, llevando con la pena al ánimo culpable la seguridad de una regeneración futura por obra de la enmienda de la pasada culpa, viniendo á ser así el rigor de la justicia templado por las dulzuras de la misericordia.

Véase, pues, en qué sencillos términos aparece contenido el dogma de la fraternidad humana, fundamentándole sobre la ley del amor de los hombres entre sí, con apartamiento absoluto de todo concepto de glacial positivismo que integra de modo inevitable la muerte de esas grandes ideas morales, las cuales constituyen la vida psicológica de la humanidad.

Se hace, por tanto, indispensable encaminar la investigación científica por otros derroteros si la ciencia penal ha de inspirarse en ideas capaces de satisfacer los altos fines de la vida del hombre en sociedad, elevando las concepciones del Derecho penal muy por encima de un utilitarismo egoísta y despiadado.

Y á la verdad, la ciencia penal, según los espiritualistas, establece un gran principio absoluto: el libre albedrío presidiendo al acto humano, que en consecuencia nos es imputable en gradación perfecta de la extensión de nuestra libertad moral al producirle. Lógicamente desprendidas de ese postulado supremo, surgen las consecuencias de la no imputabilidad en el atacado de insania, en el niño, etc., habiendo logrado el espiritualismo fijar con el consiguiente auxilio de las ciencias mé-

dicas la radical distinción entre el criminal que delinque y el pobre alienado que realiza un acto dañoso, sin conciencia de su alcance, enviando al primero á los presidios y recluyendo al otro en asilos donde convenientemente es asistido en su dolencia. No naufraga, á la verdad, con tales ideas ese gran utilitarismo social, alma y vida de los positivistas, porque el criminal se regenera con la pena, el loco puede acaso sanar con el tratamiento, y la sociedad, en su justa defensa, no necesita cometer un crimen de lesa humanidad eliminando al delincuente irresponsable con toda la impasibilidad adecuada al exterminio de los animales dañinos, de los cuales, como del criminal, tiene la sociedad perfecto derecho á desembarazarse (Lombroso, Garofalo y Ferri).

Los antropologistas, por el contrario, al apartarse del recto y conocido camino que en la ciencia conduce á la posesión de principios fundamentales, han caido en un verdadero laberinto sin salida. Así la teoría darvinista, aceptada por Lombroso, definiendo el delito como un acto de atavismo, como una reminiscencia del estado natural salvaje, se sustenta sobre hipótesis inadmisibles. Sabido es que las nociones del Ser supremo, del deber moral y de la creencia en otra vida futura, son tan conocidas en el hombre, que bien puede asegurarse nacieron con la humanidad misma; así como la idolatría, la superstición y el fanatismo, alterando la sustancialidad de esas grandes verdades, serán siempre anomalías encontradas en todos los pueblos desde la más remota antigüedad. No es el criminal el hombre en el estado inculto é incivilizado, pues si la civilización ha traido á la humanidad bienes inapreciables, los grandes crímenes surgen por desgracia también en los pueblos cultos, y se realizan con frecuencia por gentes de no escaso valer intelectual, pero cuyo sentido íntimo se encuentra atrofiado por viciosa educación social.

Y no es menos errónea la teoría evolucionista ya iniciada por Lamettrie y francamente expuesta en las obras de Darvín, suponiendo en ese hipotético retroceso de la especie humana

que el criminal desciende del mono, genuíno antecesor del hombre en plena civilización. No, el hombre jamás dejó de ser hombre, porque la variedad en la especie no altera nunca la unidad del tipo, lo cual es una ley indiscutible en el orden zoológico, donde lo inmediato del grado en la escala aparece, sin embargo, distanciado entre sí, por lo cual el hombre no fué nunca mono, ni lo es, ni lo será en tiempo alguno, de igual manera que en el orden vegetal las especies similares no producirán otras especies, no obstante sus aparentes similitudes.

La aplicación, pues, de las observaciones zoológicas al tipo llamado criminal, serán indiscutiblemente falaces. El ser humano sumido en la crápula y en el desorden, sufrirá alteraciones en su cuerpo por falta de higiene moral, y el semblante del alcohólico incorregible ó del vicioso empedernido, no parecerá idéntico al del hombre de sana inteligencia y honrado. Mas será siempre grave error convertir en causa lo que es un simple efecto, deduciendo, con sobrada ligereza, que el rostro asimétrico y el color de los cabellos sean indicación segura del tipo criminal. En el Congreso Antropológico de París ya se convino con innegable discreción por distinguidos congresistas, en que las observaciones craneométricas, más bien relevaban aficiones, que convicción profunda en su certeza, y el mismo Lombroso, cuyo talento analítico se revela en su obra *El hombre delincuente*, hizo en el más reciente Congreso de Bruselas concesiones muy sinceras acerca de la inseguridad de la teoría atavística.

Apartándose en la esencia de esa doctrina, se ha llegado á estimar por otros tratadistas el delito como una anomalía psíquica y congénita, la cual asimilaba al criminal con el hombre enajenado. No es, decían esos antropologistas, el delincuente un enfermo; lo que ocurre es, que falto de todo sentimiento moral, comete el delito por deficiencias de su organización fisiológica: en él se revela la ausencia de todo sentimiento compasivo, y su falta de previsión en la comisión de los delitos, evidencia una innegable anormalidad congénita. Verdadera-

mente que el criminal llega á ser una personalidad caracterizada por la ausencia de todo sentimiento noble: á veces martiriza sin necesidad á su víctima, y se ensaña con lo inofensivo de una mujer ó de un niño; y es que cuando el hombre, desoyendo un día y otro día la voz de su conciencia que le apercibe al deber, se lanza por la pendiente del crimen, van en él muriendo poco á poco las grandes vitalidades de su naturaleza moral. Es una verdad comprobada experimentalmente: hombres honrados, encanallados un día por el falso atractivo del vicio, van lentamente avanzando hacia el fatal camino, y si no retroceden á tiempo, salvarán pronto las fronteras de las grandes delincuencias. Gentes de altura social son grandes estafadores y verdadera materia presidiable, y no es raro ver empleadas aptitudes nada comunes en lograr una posición muy desahogada á fuerza de negocios y de procedimientos reprobables. El granuja que empieza su vida cometiendo raterías, y el hombre de mundo que vive del fraude y del engaño, son criminales capaces de las mayores aberraciones, no ciertamente por deficiencias orgánicas, sino porque voluntariamente se apartaron del camino del bien y de la honradez. El delito no es patrimonio exclusivo del pobre, ni del ignorante: la experiencia nos demuestra que el hombre más miserable puede ser el hombre más honrado, y que gentes elevadas á posiciones altísimas cometen grandes atentados contra las leyes. Equiparar al criminal con el loco es asimismo una monstruosidad, pues mientras los actos del demente son irreflexivos é inconscientes, los del criminal revelan una ordenada inteligencia que combina y desarrolla en sus últimos detalles el plan preconcebido. Convengamos, pues, en que la ferocidad y la ausencia de todo sentido moral, son *efectos*, nunca *causas* del hábito de delinquir. No: el criminal no es un demente en formación, como asegura Virchow, ni un ser falto de sentido moral por anormalidad congénita; es un hombre cuerdo, que voluntariamente se declara en franca rebeldía contra los mandatos de su propia conciencia.

El tipo criminal nato é incorregible tampoco existe, y es antihumano abandonar cobardemente á quien reincide en el delito. Grandes delincuentes tienen en sí mismos energías morales bastantes á producir su completa regeneración, y la sociedad, que posee indiscutible derecho á castigar al culpable, carece de él para envilecerle y despojarle de su inmutable dignidad de hombre. El delito no es una neurosis, como no lo es la virtud ni el heroísmo, sino una degeneración, el primero, de nuestra propia naturaleza moral, y una elocuente prueba, los últimos, del poder de nuestro libre albedrío: el delito no es fatalmente hereditario, porque es un hecho comprobado que de padres muy honrados nacen grandes criminales, como de hombres de escaso alcance intelectual vienen al mundo verdaderos sabios, y viceversa; el delito no es la locura moral, porque el alienado es un pobre enfermo y el criminal es un ser malvado y conscientemente perverso: el delito, en fin, no es obra del infalitismo, toda vez que el niño, si bien revela en infancia la ausencia de la razón que contiene los desórdenes afectivos, posee instintivamente la noción del bien y del mal, y realiza á veces actos reveladores del gran sentimiento de la virtud y de la justicia, demostrando amor al pobre y protestando contra el castigo, si le es impuesto de modo injusto y arbitrario.

Antropólogos distinguidos han estudiado con suma detención el tipo de los *degenerados*, que Lombroso no vacila en creer constituye el de los criminales natos cuya existencia acabamos de negar. Abandonando nosotros á la Medicina el estudio de asunto tan importantísimo como el de si la degeneración en el individuo es la desviación patológica de un tipo primitivo, según la comprendía Morell, ó si el degenerado es un ser que tiende á retroceder á ese supuesto tipo, al decir de Hensinger, entendemos que se equivoca la escuela positivista al afirmar «que el criminal no es otra cosa que un enfermo, un degenerado».

Parécenos indiscutible, conformando nuestro juicio con el del Dr. Dolsa y Ramón *(Concepto de la degeneración)*, que el de-

generado es un producto patológico engendrado en condiciones morbosas, inhábil, por tanto, para reproducirse, y que tarde ó temprano concluye por esterilizarse. Es, pues, el tipo degenerado un ser que viene á la vida para arrastrar una existencia miserable, verdadero plantel de enfermedades nerviosas, que á veces producen la epilepsia y el idiotismo; desgraciados, en fin, dignos de toda compasión, pero nunca criminales por el solo hecho de su nacimiento en tan tristes condiciones. Su responsabilidad é irresponsabilidad habrán de decretarla los Tribunales en cada caso, con los indispensables auxilios de las ciencias médicas, únicas competentes para amparar al desgraciado enfermo, ó para señalar valientemente al criminal que después del delito carece de todo valor para arrostrar la pena, intentando, según las oportunas frases del Dr. Dolsa, *encubrir la maldad consciente de un acto con el respetable manto de la insania.*

Y en el estudio del tipo criminal se ha llevado tan á la exageración por los deterministas la teoría de la no imputabilidad de nuestros actos, que siguiendo las corrientes de preocupaciones, afortunadamente pasajeras, acerca del hipnotismo y la sugestión, no vacilaron algunos partidarios de esas teorías en sostener que el criminal obra á veces sugestionado por otro sujeto con verdadera repugnancia, cayendo más tarde en violentos accesos histéricos, de cuyo estado anormal es consecuencia su irresponsabilitad absoluta, á consecuencia de haber obrado de modo fatalmente necesario. El proceso de Gabriela Bompart, de época no muy lejana, reveló ante los Tribunales el deseo de perturbar la recta administración de justicia con la pretensión de excusaciones de responsabilidad, alegando existir en la procesada grandes neurosis y notables fenómenos sugestivos que impedían el ejercicio de su voluntad al delinquir. Afortunadamente, no todos los médicos son fatalistas, y aun comprobado el histerismo de la acusada y sus antecedentes neuropáticos, los Doctores Brouardel y Ballet reconocieron la integridad de sus facultades mentales por *pro-*

fundas que fueran las lagunas del sentido moral, por lo cual el Jurado, con excelente sentido práctico, la declaró responsable. Las hipótesis, pues, sobre el hipnotismo y la sugestión y el sonambulismo, y aun la llamada locura moral, no arraigarán seguramente en el Derecho, porque la cuotidiana experiencia nos informa de que ni todos los degenerados son necesariamente criminales, como no lo son tampoco los histéricos, ni dejan de ser la generalidad de los delincuentes, hombres de perversas inclinaciones, pero de sana inteligencia y perfecto estado de salud fisiológica.

Sentado el principio de que las acciones que no nos son imputables por ser resultado de un fatalismo ajeno á nuestra voluntad, en caso alguno pudieran motivar responsabilidad legal, la escuela antropológica era lógica al asegurar con Mandsley, Beneditk y otros distinguidos afiliados al positivismo, que la sociedad no tenía jamás derecho alguno á castigar á los criminales, debiendo sustituirse la *pena* por el *tratamiento*, y los hospitales por los establecimientos penitenciarios.

Y así causaría verdadero asombro si el positivismo antropológico no se hubiese divorciado de los principios de la lógica, saber que á esa insana impunidad en favor de los criminales, que llevaría á los pueblos cultos á un gravísimo retroceso, sucedió pronto una verdadera fiereza en contra de los delincuentes, y de los que por razones de orden moral son realmente irresponsables, aun cuando cometan actos no punibles, pero sí dañosos.

Y espanta oir los argumentos invocados en apoyo de ese grito de exterminio, lanzado por algunos antropologistas contra los partidarios de la sustitución de la pena por el racional tratamiento. Locos ó cuerdos, enfermos ó malvados, se dice, es preciso, en nombre del supremo interés colectivo, someter á todos á la regla común, ó en otro caso se demostrará, no que el criminal es un degenerado, sino que nuestra propia degradación se opone á los bienhechores efectos de la selección natural. «Molécula, el individuo, escribe Garofalo, en la gran masa de

la sociedad, nunca puede hacer valer su derecho si se halla en peligro la vida del organismo social; y si el sufrimiento impuesto á uno de los asociados por la sola fatalidad de su organismo es necesario para la salvación de la sociedad, proteste en buena hora la justicia de los ideólogos, pero imite la justicia humana á la naturaleza, seleccionando lo que vino al mundo sin condiciones de adaptación, excluyéndolo de la vida.»

Sustituyamos, sostienen estos positivistas, la idea metafísica de *imputabilidad* por la del *peligro* que constituyen seres tan dañinos, y concluyamos con ellos, desembarazándonos de su presencia en el mundo. Y aun cuando en el Congreso de Roma faltó valor para consignar en el programa antropológico la terrible pena de muerte, hoy está resueltamente admitida para ser aplicada á quienes, locos ó cuerdos, causan un daño trascendente á la sociedad.

A estas terribles conclusiones han llegado las escuelas de antropología, para quien la pena no es el castigo justo, por lo merecido, del hombre que voluntariamente se aparta del deber, ni la sanción que á veces el mismo criminal reclama como pago de una deuda contraída con su propia conciencia, ni, finalmente, algo que está por encima de todos los convencionalismos humanos, y cuya justicia la sentimos todos como un instinto, elevando el derecho de castigar que está sobre el egoísta interés de los Poderes públicos. ¡Ah! se equivoca profundamente el antropologismo: el hombre no es un átomo perdido en lo inmenso del cuerpo social, ni es tampoco una molécula despreciable, confundida y abandonada; es un sér que se estima con sacratísimos y primitivos derechos, los cuales no serán nunca atropellados sin la más enérgica de las protestas del individuo mismo. La justicia de la pena no dependerá jamás de su establecimiento en la ley, y la razón del castigo no habrá de consistir en la fuerza de quien lo impone; por el contrario, cada hombre apreciará rectamente la procedencia ó improcedencia de la sanción penal en los delitos, y su acatamiento á la injusticia no significará otra cosa que su impotencia para al-

zarse en rebeldía. Hay algo, en fin, que está sobre la ley positiva y sobre las iniquidades de los que gobiernan, y ese algo es la justicia «aquella arraigada y perpetua virtud que es perdurable en el corazón de los hombres de buena voluntad», según escribía el Rey sabio.

El delito, como obra del querer humano, es un hecho muy complejo, y las ciencias antropológicas deben estudiar al hombre en su naturaleza moral y en su vida fisiológica. La antropología no es, ó no debe ser á lo menos, el positivismo que, negando la existencia espiritual, estudia al ser humano, *animalizándole* y rebajando su propia dignidad, porque el conocimiento del hombre requiere la indagación científica de las misteriosas, pero evidentes relaciones del espíritu con la materia. La moderna ciencia de la sociología deberá prestar en esos estudios grandes auxilios porque la difícil solución de los gravísimos problemas económico-sociales no es tampoco ajena á tales investigaciones del saber humano. Y claro es, las ciencias morales y las fisiológicas habrán de modo lógico y natural de reaccionar marcadamente en favor de aquellas doctrinas que afirman que el hombre posee en lo íntimo de su ser las nociones abstractas de Dios, del amor al prójimo, del deber y de la justicia.

Desconocidas esas verdades morales, el egoísmo individual había de rebelarse muy pronto contra el egoísmo del número, entendiendo que la satisfacción de sus concupiscencias es lo que integra la positiva utilidad; y desligado entonces el individuo del generoso sacrificio que el mutuo amor impone al hombre para con sus semejantes, resbalaría precipitadamente por la senda peligrosa que conduce á la negación de todo principio de autoridad y de gobierno. La moral, sin sanción ni obligaciones, predicada por Guyán y Grave, es el término fatal y necesario del positivismo y de la falsa teoría de Darvin sobre el derecho á la vida; porque el robo y el homicidio serían excusables ante una sociedad cruel que sancionase el exterminio de quien viera negado para sus hijos *el pan que el rico le arrebata,* abroquelándose el poder social para el ejercicio de

su tiranía, no en la justicia, sino en la utilidad del mayor número y en la fuerza que la colectividad representa.

Como un principio de retroceso al campo espiritualista, la llamada escuela clásica italiana partidaria del libre albedrío, procura conciliar en la producción de la delincuencia la libertad moral con la gran importancia de los factores sociales como determinantes de la criminalidad. (Pessina y Brussa.)

En la delincuencia concurren ciertamente factores sociales de gran importancia; el hombre se forma en el santuario de la familia, y el padre alcohólico y la madre libertina casi seguramente engendrarán hijos criminales. Es esto del delinquir una verdadera enfermedad moral, y así como el hombre desarreglado y antihigiénico pronto es víctima de graves perturbaciones en su salud, la salud del espíritu requiere también un exquisito cuidado de las facultades anímicas para que la voluntad no se sienta empujada al mal obrar. ¿Y cómo pretender encontrar en una atmósfera llena de impurezas é inmoralidades aire saneado para nuestro vivir moral? No son, ciertamente, los llamados factores sociales la sustancia y raíz de la imputabilidad, sino nuestro libre albedrío, pero representan accidentes gravemente modificativos de esa sustancialidad. Más que la altura geográfica, más que la alimentación y el clima, predisponen al delito el rebajamiento de los caracteres, la desnutrición de las inteligencias y el frío glacial de los grandes egoísmos sociales.

Es, á la verdad, temerario cerrar los ojos á la evidencia, negando á una gran parte de factores sociales la causa del aumento en la propensión á delinquir. El hijo del comerciante que aprende de su padre la falsía y el engaño del comercio de mala fe, está en camino de ser un estafador: el niño mendigo y abandonado en el arroyo, probablemente será ladrón; la niña desmoralizada por sus padres ó guardadores, casi de modo seguro llegará á meretriz impúdica, de igual suerte que el hombre desordenado y sin sentido moral, ineducado y grosero, representará el germen de un número en el presidio, y el perso-

naje elevado por malas artes á posición altísima podrá ser un bribón merced al inmoderado deseo de enriquecerse sin gran esfuerzo. La tolerancia del mal, la inmoralidad de las costumbres, la propaganda insana de los grandes descreimientos merced á una literatura tan rebajada en la forma como dañosa en el fondo, la inercia de los hombres de bien ante ese mercantilismo literario que no respeta en el teatro ni en el libro la consideración debida al pudor de la hija, al candor de la inocencia y aun desconoce las propias conveniencias sociales, son á no dudar elementos predisponentes al delito. La voluntad habrá de sufrir posibles eclipses, gracias á esa bruma de actualidad social que la oscurece, y las energías del obrar humano, contrarrestadas por un medioambiente enervador, experimentarán grandes y frecuentes desmayos. Pero sobre esos circunstanciales factores de la delincuencia, y dominando con soberanía suprema, el hombre se sentirá siempre libre de caer ó no en el abismo, y capaz de regenerarse de la abyección en que viva: la conciencia, chispa de un fuego divino, que decían los antiguos sabios, juez irrecusable de su propio obrar, le apercibirá al deber olvidado, y le dará, sin necesidad de filosofías ni disquisiciones científicas, la medida exacta del bien y del mal. De esa apreciación subjetiva que todos sentimos en el fondo de nuestro ser moral, surgirá la imputabilidad de los actos humanos ante la ley, que al imponer, caso de ser ésta violada, la merecida pena, realizará, no un acto de irreflexiva y fatal defensa, rayano en la violencia brutal de la fuerza, sino una obra de justicia, reconocida así por la propia conformidad del criminal y el asentimiento de todos los hombres honrados.

PRIMITIVO GONZÁLEZ DEL ALBA.
Fiscal de Audiencia territorial.

DERECHO CONSUETUDINARIO
DE ESPAÑA (*)

IV

ASTURIAS

Vida colectiva (1).

Es opinión admitida entre numerosos geólogos, nacionales y extranjeros, que los montes cantábricos deben su origen á dos poderosas presiones, sucesivas; una que actuó de Este á Oeste, y otra de Norte á Sur. Cuando el espíritu se deleita en la lectura de libros como las sabias *Investigaciones*, de Charles Barrois, *acerca de los terrenos antiguos de Asturias*, parece como que se asiste á la formación de la primera arruga *(le premier ridement)*, que fué precedida de movimientos de báscula, en la dirección de Este á Oeste. La segunda, ó ulteriores arrugas, fueron igualmente precedidas de movimientos oscilatorios en la dirección de Norte á Sur. Y por haberse repetido esos movimientos sucesivos en el transcurso de los tiempos primitivos, resultó el admirable conjunto de cordilleras entrecortadas que empieza en los *Picos de Europa* y se extiende hacia el Oeste, constituyendo, entre la Cordillera Cantábrica y el mar, la sorprendente tierra asturiana, en donde, desde el profundo valle se contempla la cima de los montes, que lo circundan, alternando el soberbio roble y el copudo castaño de las laderas con

---

* Véanse las págs. 42, 225 y 558 del tomo 88.

(1) De *El Carbayón* de Oviedo.

el florido manzano y á veces con el limonero y el naranjo, que en la proximidad del mar engalanan á la estrecha vega.

Las bellezas de la superficie ocultan las dislocaciones y el trastorno que sufrieron las capas terrestres, en cuyo seno abundan minerales varios y millares de millones de toneladas de carbón. Guarda la Naturaleza en las entrañas de ese rico subsuelo los gérmenes de un grandioso porvenir, que no intentamos delinear.

Limítase nuestro propósito, en la ocasión presente, á bosquejar cómo se desenvolvieron las fuerzas sociales, en los pasados tiempos, dentro del reducido espacio que ciñen, de una parte, las más altas montañas de la Cantabria y, de la otra, el embravecido mar; y en consideración á que se debe tener en cuenta, como dato principal, la naturaleza del terreno que sirvió de teatro á la generación de las instituciones primitivas de nuestro pueblo, conviene fijar la atención en el enmarañado laberinto de cordilleras entrecortadas que, en los confines de Asturias con el territorio de Galicia, León y Santander, están cubiertas de nieve durante una gran parte del año, descendiendo rápidamente como para constituir un muro inconmovible, contra el cual se estrellan los embates del mar Cantábrico.

En un territorio tal, donde los habitantes del valle y de las laderas contiguas quedan incomunicados con los habitantes de los valles más próximos cuando las nieves coronan las cimas de las montañas, había de ser vigoroso, y lo fué siempre, el espíritu municipal. Las Ordenanzas locales, no de concejos, sino de pueblos, dan clara muestra de que la vida municipal era muy rica en su interior desenvolvimiento.

Reuníanse, y todavía se reunen, los vecinos á toque de campana, como en Sobrescobio, en un campo inmediato á la iglesia del lugar, ó en un collado, cual sucedía en Yernes y Tameza, cuyos vecinos se congregaban en el sitio de *Milladorio*, y allí, combinando la suerte con la elección, designaban sus jueces y regidores el día de San Juan, y acordaban lo que á sus peculiares intereses convenía.

Era asunto preferente de las juntas, á que eran convocados todos los vecinos, el régimen de los campos, el cercamiento de

las tierras para guardar los frutos, y el rompimiento de las sebes para que, recogidas las mieses ó las hierbas, pudieran apacentarse los ganados en las rastrojeras.

El interés de la colectividad estuvo siempre amparado por reglas muy precisas, y existen funcionarios especiales en cada localidad encargados de mantener el régimen de la vida colectiva.

Disponen, por ejemplo, las Ordenanzas de Casomera que desde el día 24 de Junio hasta el día 8 de Septiembre *pongan todos los vecinos á puertos y cordales todos sus ganados mayores* (vacuno y caballar), á no ser que «haya alguna seguridad de tiempo», en cuyo caso podrán acordar los vecinos variar la fecha en que hayan de bajar los ganados de los puertos y cordales. Pues bien: los encargados de que se guarde y cumpla esa disposición de las Ordenanzas, son los fieles-regidores del lugar, que los vecinos eligen en el mes de Enero, y á quienes se encomienda el ejercicio de otras funciones que afectan á la colectividad.

Todas las Ordenanzas locales revelan en su conjunto que los primeros habitantes de Asturias fueron pastores, y que la propiedad de la tierra correspondía colectivamente á cada una de las agrupaciones en que la población se dividía, adaptándose á las condiciones del territorio. La propiedad individual que no tardó en aparecer, de igual modo que era individual desde los más remotos tiempos la propiedad de los ganados, lleva el sello de subordinación en que la agricultura, íntimamente ligada al dominio privado sobre la tierra, se encontraba respecto de la ganadería.

Los caracteres con que son conocidos en la historia los Indo-Europeos, se destacan en lo que tiene de fundamental el primitivo derecho de los pueblos de Asturias. Son esos caracteres: la división de los pobladores en grupos y la propiedad colectiva de la tierra que cada grupo ocupaba. Estos dos rasgos principales se distinguen en las costumbres, ó en el derecho consuetudinario, á que se dió forma con alguna variedad en las Ordenanzas locales.

Los forasteros no pueden avecindarse en pueblo distinto del suyo sino por acuerdo de la mayoría de vecinos, convocados por los Fieles-Regidores, entendiéndose que son forasteros

aun los del concejo á que corresponde el lugar en donde pretenden avecindarse los que en éste no hayan nacido. Y, si no se les admite como vecinos, «no pueden ir al monte por leña, ni á la fuente por agua, ni apacentar en los términos comunes de dicho lugar sus ganados», y los Fieles-Regidores deberán multarlos en dos cántaras de vino y prendar sus ganados, etc.

La institución de la propiedad colectiva y la unidad de la agrupación que puebla una comarca determinada, se entrelazan y dan á la primitiva sociedad asturiana caracteres que la identifican con las razas Indo-Europeas.

Adquiere mayor relieve esa fundamental condición, si se considera que subsiste la familia compuesta con igual tenacidad que en los Estados danubianos, y que la mujer asturiana tuvo siempre dentro de la familia compuesta y conserva en el seno de la sociedad una personalidad que la legislación castellana no reconocía en la mujer.

Lo usual es en la población rural, y también en gran parte de la urbana, que uno de los hijos, al contraer matrimonio, quede con sus padres en sociedad, viviendo *á mesa y mantel.* Esa sociedad familiar, que se extiende á todas las ganancias, sin tener en cuenta la diferencia de capitales, tiene de particular que la mujer casada es uno de los partícipes, como el marido, y en realidad ejerce decisiva influencia tanto en el orden moral como en el económico.

El período de transición de la propiedad colectiva á la propiedad individual subsiste todavía en cuanto se relaciona con la ganadería, ó por mejor decir, con su apacentamiento. Mantienen sus Ordenanzas locales los pueblos, y no suben á los puertos y cordales los ganados, durante el verano, cuando á uno ó á varios vecinos conviene, sino en la época establecida ó el día en que, por acuerdo de la mayoría de vecinos, se determina. Tampoco bajan al *aro* del pueblo, en donde se conservan cerrados ó acotados los pastos para el aprovechamiento común del ganado, cuando á determinados ganaderos place, sino cuando es permitido con arreglo á las Ordenanzas, usos y costumbres.

Se ha reducido mucho la extensión de la propiedad colectiva, por efecto de las leyes de desamortización, y por lenta

transformación en el decurso de los tiempos. En no lejana fecha todavía se medía el territorio de ciertas comarcas, especialmente el reducido á cultivo, y se modificaba la distribución entre los antiguos vecinos ó familias, que representaban sus derechos, con el fin de restablecer la proporción que entre aquéllos hubiese ó debiera existir. Esta costumbre procedía del hecho primitivo de la colectividad en el disfrute de la tierra por parte de cada uno de los grupos de vecinos en que la población total se dividía.

Es digno de especial mención el ejercicio del derecho, que los distintos pueblos ejercen, de prendar los ganados de los forasteros cuando éstos traspasan sus respectivos límites, salvo el caso de que entre los pueblos comarcanos haya *facería*. Si los pueblos no son *faceros*, y los ganados de uno de ellos invaden lòs términos del otro, los *soteros* (como se llama á los guardas en Casomera), se apoderan de los ganados, los depositan, por cuenta de sus dueños, é imponen á éstos una multa en vino, cuyo importe se ha de abonar al rematante de la taberna del lugar antes de recoger los ganados prendados. El producto de esas multas destinarse, suele en parte, á la *luminaria del Santísimo*, reservando el resto para los vecinos, que santifican con honestas libaciònes los días en que se reunen, *á campana tañida*, con ese objeto especial ó para tratar asuntos del procomún. Se puede recoger el ganado dejando prenda en garantía del pago de la multa, y la prenda era en algunos pueblos una *llueca* vieja.

Los ganados de los vecinos que entran en sotos acotados, ó en *guarizas* reservadas durante ciertos meses del año, son igualmente *prendados* por los soteros del lugar.

Entre los labradores existe una costumbre que implica, de una parte, la propiedad privada, y refleja por otra el espíritu anterior de la vida colectiva, que va amortiguándose visiblemente. Me refiero á las *andechas*, que son actos de cooperación gratuita, prestada por la masa de vecinos á cada uno de los que requieren un auxilio extraordinario en faenas urgentes del campo ó en operaciones también apremiantes dentro de la población rural. Acuden solícitos los vecinos al llamamiento del que necesita su cooperación y trabajan aquéllos

como en cosa propia, recibiendo, en cambio, del favorecido un agasajo ó manjares tan abundantes como sus medios le permitan preparar.

En prueba de que el primitivo régimen agrario tenía por base la propiedad colectiva, se puede invocar la presunción de que no se reputaba dueño del terreno al que en él había plantado árboles y disfrutaba sus productos. Adquiría un derecho de preferencia para el *cierro* del terreno, pagando la mitad del canon que se exigía á los que, con permiso de la justicia, cerraban terrenos comunes, con arreglo á las Ordenanzas generales del Principado.

Mientras el terreno permanecía abierto, era tenido como de aprovechamiento común, sin perjuicio de la propiedad que en los árboles tenía el plantador.

Las modernas Ordenanzas, á diferencia de la antigua del Principado, favorecían el cultivo de los terrenos comunes, atendiendo á que «eran necesarios terrenos de labor para el empleo y sustento de las gentes, que abundaban en el país y que por su estrechez le desamparaban, ó vivían en él miserablemente».

A la vez que las Ordenanzas locales, existían las de concejo y las del Principado, que establecían reglas minuciosas para la organización de las Corporaciones municipales, de la Junta general del Principado y de su Diputación.

Las Ordenanzas Generales, Judiciales y Políticas para la administración de justicia en todos los concejos, cotos y jurisdicciones, con escaso orden, contienen preciosos datos para un detenido estudio, que no cabe dentro del cuadro que me he trazado.

Bastará, para terminar estas breves consideraciones, que recuerde cómo fué más poderoso que el poder absoluto de los reyes el derecho consuetudinario respecto á la propiedad de la tierra.

Se quiso formar un patrimonio para el Príncipe de Asturias, adjudicándole como bienes realengos los que constituían ase y fundamento de la organización rural. Se instaló en Asturias un sabio magistrado, quien dirigió la formación de un catastro, que contenía, en el concepto de mayorazgo correspon-

diente al Príncipe de Asturias, los bienes que disfrutaban los pueblos como propiedad suya colectiva. Los pueblos continuaron rigiéndose por su derecho consuetudinario; modificaron sus Ordenanzas según les plugo ó les convenía, y al lado de la propiedad colectiva se formó, desmembrándose de aquella, la propiedad individual, quedando reducido á intento, que apenas recuerdan las historias, el desdichado pensamiento de constituir un mayorazgo para el Príncipe de Asturias con los bienes que respectivamente pertenecían á los pueblos que los poseían y en colectividad disfrutaba cada uno de ellos.

MANUEL PEDREGAL Y CAÑEDO.

Madrid, Noviembre 7 de 1895.

La andecha.

¡Cuánta verdad es que en la historia no cambia más que el sujeto! Las cosas y las instituciones son siempre iguales, y lo diferente en cada tiempo es la cultura del hombre y los medios que, según ella, tiene disponibles. Las diferencias se reducen siempre á la que media entre lo espontáneo y lo reflexivo, el instinto y la razón.

Por eso es tan fácil hallar lejanos precedentes á todo lo que ahora existe; y así, cuando se habla de la *cooperación económica* como de un principio descubierto y formulado en nuestro siglo, sólo quiere decirse que hasta los tiempos modernos no se ha razonado y desenvuelto científicamente ese sistema. Ni Owen, ni Buchez, ni Blanc han inventado las instituciones cooperativas, y su mérito, aunque muy grande, se reduce al estudio de la idea en sus fundamentos, á la propaganda de sus excelencias y al desarrollo de sus formas y principales aplicaciones.

La asociación cooperativa, como natural, es instintiva, y así se manifiesta desde los tiempos más primitivos. ¿Quién la enseñó á los míseros pescadores de altura, que en todas partes la practican? Son modernas las grandes Sociedades ingle-

sas de consumo y los Bancos populares de Alemania, pero únicamente de la necesidad, y en bien lejana fecha, aprendieron á asociarse incultos labradores y pequeños industriales. Y es de notar que esas instituciones seculares resolvieron el problema de la cooperación productiva, y sobre todo de la cooperación rural, mucho mejor que los actuales Sindicatos de los agricultores franceses y las Cajas Raiffeisen alemanas.

Las tradiciones cooperativas abundan por todas partes, aunque desgraciadamente muchas se han perdido y otras van debilitándose. Entre las que se conservan, es digna de consideración especialísima, por la pureza de sus caracteres morales y económicos, la institución de la *andecha* en Asturias, de la que vamos á dar alguna idea, sintiendo que nuestra información no pueda ser tan completa como el asunto merece.

La *andecha* es reunión de personas, hombres y mujeres, que se juntan para trabajar gratuitamente en las tierras del propietario ó colono que solicita esa ayuda.

La convocatoria se hace por medio de aviso que el necesitado circula entre sus convecinos, y acuden al llamamiento todos los que no se ven imposibilitados de asistir por la urgencia de sus ocupaciones. Sólo una enemistad declarada puede dar motivo para que voluntariamente deje de prestarse el concurso demandado. Por eso es indeterminado el número de las personas que forman la *andecha,* aunque son de ordinario veinte ó treinta.

Úsase este procedimiento para ejecutar aquellas labores que el agricultor no puede atender con sólo su familia, ó que están sujetas á un plazo perentorio, como sallar, cavar, hacer y acarrear la cal de abono, *aterrar*, ó sea subir la tierra á lo alto de los predios, segar y *embalagar* la hierba, recoger el trigo y majarlo, cosechar el maíz y deshojarle, sacudir las castañas y sacarlas del erizo, etc.

Dura la *andecha* tanto como la faena á que se aplica, pero no pasa generalmente de un día.

El que hace el llamamiento da de comer á los trabajadores, esforzándose por servirles lo mejor posible. Suele repartirse queso y aguardiente al comenzar la labor; de ocho á nueve de la mañana se da un almuerzo ligero, como sopa ó

tortilla; al medio día, un *cocido* ó *puchero* con habichuelas y carne abundante, queso y sidra, y al dejar el trabajo se hace otra comida compuesta de carne guisada ó arroz con leche. En este trato los ricos hacen competencia y alarde, y los pobres se sacrifican para no quedar muy por debajo de aquéllos.

No hay turnos ni preferencias establecidos para la *andecha;* todos pueden pedirla cuando la necesitan; y cuando dos ó más la solicitan al mismo tiempo, al que primero avisa á aquél se acude, á menos que no se trate de labores urgentísimas, en cuyo caso la gente se distribuye en los grupos necesarios.

No hay tampoco equivalencia ó reciprocidad en el concurso, porque cada vecino aporta para el trabajo en común todos los medios de que dispone. Así, el rico va á la *andecha* en favor del pobre con los criados que tiene, y lleva los carros, yuntas y aperos de que es dueño.

Además de las *andechas* expresamente convocadas, hay otras que se reunen espontáneamente. Si está á punto de pasarse ó de perderse la cosecha, los convecinos entran en el prado á segar ó levantar la hierba aunque el dueño no les llame; y cuando en una casa se ocupan en la *esfolla* y *enrastre* del maíz, el que lo sabe y quiere tomar parte en el trabajo se presenta sin ser invitado. Estas *andechas*, celebradas de noche y á domicilio, tienen el carácter de una fiesta y acaban con canto y baile. Los dueños de la casa agasajan á los concurrentes según sus medios, les dan castañas cocidas ó manzanas, y los bien acomodados reparten sidra, leche y cigarros, aunque es muy frecuente el caso de que el inquilino no pueda dar más que las gracias á los que le han favorecido.

Pero son, sin duda, mucho más interesantes las *andechas* que podemos llamar piadosas ó benéficas, empleadas en servicio de las viudas, enfermos, ausentes ó desvalidos por cualquier causa. Generalmente es el Párroco quien avisa estas necesidades al pueblo, excitándole para que vaya á trabajar en la tierra abandonada, y advirtiendo á los vecinos que pueden hacerlo aunque sea en día festivo, si se hallan muy ocupados con sus propias labores, y lejos de pecar, contraerán mérito de caridad al santificar la fiesta con esa buena obra. Cuando el Cura se niega á dirigir esas invitaciones y se trata de una necesidad

apremiante, alguno de los vecinos más caracterizados, después de la misa, pide ayuda á los demás, y todos acuden aquella misma tarde á labrar el campo de los pobres.

Tales son los pormenores que he logrado averiguar acerca de esta bellísima institución de la *andecha*.

Hállase muy generalizada en el centro de Asturias, y me consta que se usa especialmente en los Concejos de Grado, Candamo, Pravia, Salas, Piloña y sus inmediaciones.

Nadie señala en fecha ó tiempo determinado el origen de esta costumbre, cosa natural si se atiende á las causas que la engendraron y la mantienen. La condición de aquellos habitantes es la de pequeños propietarios, y para el mayor número, la de *caseros* ó colonos. Unos y otros cultivan por sí mismos las tierras y prado anejos á la *casería*, con el auxilio de su mujer y de sus hijos, y rara vez pueden sostener algún criado. No hay en aquellas poblaciones rurales jornaleros ó gentes que vivan exclusivamente del salario, y no es posible hacerlos ir de fuera, por la brevedad de los trabajos y porque no hay con qué pagarlos. De aquí el conflicto que surge respecto de las faenas agrícolas que son de ocasión, de días y aun de momentos determinados, y que exigen un número de brazos mayor del que pueden aplicar el colono y su familia. Como la preparación para la siembra y la recogida de las cosechas no han de hacerse en todas las tierras al mismo tiempo, sino que la sazón, ya del terreno, ya de los frutos, varía en cada una de ellas según son sus condiciones, resulta que, mientras un cultivador se ve angustiado por labores urgentísimas, sus convecinos no tienen atenciones de igual apremio y la *andecha* resuelve sencillamente la dificultad, aplicando el trabajo colectivo de una manera sucesiva y á medida que se presenta la necesidad de cada uno. Por otra parte, aunque la *andecha* no es gratuita, porque obliga á la manutención de los trabajadores, se costea en especie, con los mismos medios que emplea para su subsistencia el labrador, que no dispone, sin embargo, del dinero equivalente. La división de la propiedad, la forma del cultivo agrícola, la escasez de los brazos y la escasez del numerario son, por consiguiente, los principales motivos de la *andecha*.

Pero la institución no es puramente económica, ni las cau-

sas de este género bastan para explicarla, porque análogas necesidades siente y ventajas parecidas lograría la agricultura en todas partes con esa mancomunidad, en que viven los labradores asturianos. Hay que buscar, por consiguiente, la razón de esas costumbres, más bien que en los motivos de carácter general, en condiciones especiales de la comarca asturiana, que pueden ser la energía con que se conservan allí las tradiciones de un antiguo comunismo, la viveza del sentimiento de solidaridad, el carácter apacible y la cultura que faltan en otras regiones de nuestra España.

Que la *andecha* no tiene como único, y ni siquiera como principal fundamento el interés, se demuestra observando que no se trata en ella de un mero *hago para que hagas,* ya que no exige la reciprocidad de servicios, ni atiende á la igualdad de los medios, y cada uno ayuda á los demás con todo lo que puede, aun sabiendo que los otros no han de corresponderle en igual medida.

Y es, por último, prueba concluyente de la naturaleza *civil ó social* y filantrópica de la institución, el caso tan frecuente de las *andechas* en favor de las viudas, huérfanos y enfermos.

Por eso he de consignar con verdadera pena que, según todos los informes, esas costumbres decaen y se malean. Duélense también de ello aquellos pobres labradores; pero convienen unánimes en que cada día se acentúan más dos graves inconvenientes de la *andecha*. El primero consiste en la mala calidad de las labores que produce, y el segundo en el exceso de los gastos que ocasiona. La gente convocada para el trabajo lo ejecuta con desorden y algazara, y lo atropella para entregarse cuanto antes á la fiesta que la reunión provoca; y luego, las comparaciones que se establecen, las críticas, las murmuraciones y los impulsos del amor propio determinan exigencias cada vez más costosas en cuanto al trato que ha de darse á los trabajadores. Las faenas que se hacen por *andecha* resultan peores y más caras que las encomendadas á jornaleros; así es que sólo se acude á aquel procedimiento en los casos de absoluta necesidad, y cuando no se encuentran *marrucos,* que de este modo se llama en el país á los forasteros dispuestos á trabajar en el campo por salario.

Es decir, que en lo que tiene de moral ó benéfica, se conserva la *andecha;* pero sus aplicaciones de carácter económico se evitan y disminuyen. Una prueba más de cómo por todas partes se disuelven los vínculos de la solidaridad, y de cómo es necesario reemplazar las instituciones primitivas, obra del instinto, que derrocan los impulsos del egoísmo individualista, con otras análogas, fundadas en la razón y en la idea del bien común.

J. PIERNAS HURTADO.

*
* *

He aquí ahora algunos testimonios de la misma institución cooperativa en otras comarcas de la Península:

1.° «Los labriegos de la parte montañosa de Navarra acostumbran á asociarse para el cultivo de sus respectivas propiedades, y esto sucede también en la zona media de la provincia; lo cual es altamente ventajoso, pues además del espíritu de armonía que realiza, evita á las pequeñas fortunas de aquéllos el pago de peonaje.» (*Informacion sobre Reformas sociales*, Comisión provincial de Navarra: edición oficial, tomo V, página 207.)

2.° Refiriéndose Costa Goodolphim á un grupo muy numeroso de aldeas de Traz-os-Montes (Portugal), en que los vecinos tienen combinada la propiedade individual del suelo con el trabajo en común, dice:

«N'estas aldeias encontra-se um systema pratico de cooperação. Possuindo cada um o seu bocado de terra d'onde tiram o indispensavel para viver, não têem dinheiro para satisfazer salarios, quando os trabalhos agricolas precisam de braços. Reunem-se então os individuos da localidade e trabalham uns dias n'uma terra, depois n'outra, e assim successivamente completam a sua faina. Em cada propiedade em que se termina a labutação, o dono tem por dever recompensar os seus cooperadores com um jantar, em que todos alegremente se banqueteiam. E assim, por esta forma, o trabalho em commum substitue o dinheiro.» (*A Previdencia*, Lisboa, 1889, pág. 37.)

3.º Rige asimismo en Vizcaya, según el Sr. Unamuno (capítulo I de esta Sección, § 7). Sobre el trabajo en común de los labradores á favor de los senareros en la provincia de Zamora, vid. el capítulo II, § 2.

J. C.

Mampostería.

Habiendo obtenido hace años de los Sres. D. Luis Montoto y D. Enrique Frera, abogados y propietarios de Colunga, un estudio muy concienzudo, que no he publicado todavía, acerca de las condiciones económicas del cultivo del manzano para sidra, tuve noticia de una costumbre jurídica á que este cultivo ha dado origen, y que se denomina contrato *de mampostería*. Es la concesión que el dueño de una tierra hace á otro sujeto para que la roture y plante de manzanos, por la mitad del fruto que produzcan. El plantador recibe la otra mitad del fruto del vuelo y los demás productos que acierte á sacar del suelo.

Desde los doce años de edad hasta los treinta y siete se calcula que cada hectárea de pomarada en Colunga rinde un producto de 20 pipas de sidra al año, con un valor de 700 pesetas, ó dígase 625, deducidas las 75 en que se aprecia el coste de cultivo, recolección y venta. Suele sembrarse el suelo de la pomarada, en los espacios entre árbol y árbol, de plantas de invierno, á saber: habas (fabones) y alcacel (trigo ó cebada para segados en verde), únicas que no perjudican al arbolado, y que cubren con su producto el gasto de las 75 pesetas que cuesta el cultivo de la pomarada. Algunos dejan el suelo de prado, pero es un cálculo ruin, porque los árboles producen y viven menos. El otro lugar clásico del cultivo del manzano en Asturias es Villaviciosa; pero aquí las pomaradas producen menos sidra (unas 16 pipas por hectárea), sea porque las plantaciones se verifiquen con menos esmero, sea porque la explotación corre ordinariamente á cargo de colonos, ó por otras causas.

La duración del contrato de mampostería es la misma de

la pomarada: con la muerte del arbolado quedan extinguidos los derechos del colono ó plantador.

Como se ve, esta costumbre coincide con la de plantación de vides á *rabassa morta* en Cataluña. En Vizcaya tuvo acogida en el Fuero escrito, el cual contiene muy curiosos detalles acerca del número de labores y de estercoladuras con que el colono debe beneficiar el manzanal, y sobre las prohibiciones encaminadas á prevenir fraudes en la recolección. El contrato regía «durante el tiempo que durasen las dos tercias partes de manzanos». (*Fueros... del M. N. y M. L. Señorío de Vizcaya*, título XXV, ley 8.)

Al menos en Villaviciosa, el contrato de mampostería se halla en decadencia. Apenas si se celebra ya ninguno nuevo. Unicamente siguen en vigor los estipulados de hace mucho tiempo.

Debe traer origen del período feudal. El Sr. López Ferreiro define la *behetría* (benefactoría) como «especie de contrato, ya tácito, ya expreso, por el cual una ó muchas personas libres se reconocían en estado de dependencia y vasallaje respecto de un señor poderoso que se obligaba á ampararlas y protegerlas»; y añade que se llamaban también *mamposterías*, acaso de *manum ponere*, en señal de protección. (*Fueros municipales de Santiago y su tierra*, 1895, pág. 75.) Así, en Aragón, *xarico* significa colono y en la Edad media era vasallo solariego.

Un impuesto provincial.

En el Congreso de los Diputados, sesión de 31 de Julio de 1893, se dió á conocer la existencia de una costumbre fiscal, vigente en Asturias, y que es doblemente interesante para nosotros, por no ser frecuente tropezar en España con manifestaciones así de autonomía administrativa, legal ni consuetudinaria, fuera de las provincias de fueros. Discutíase el impuesto sobre los vinos, proyectado por el Ministro de Hacienda, Sr. Gamazo: tratábase de saber si independientemente de

él podría la provincia de Oviedo continuar percibiendo el impuesto ó arbitrio con que los grava á su entrada en aquel territorio; los diputados asturianos, por órgano del Sr. Marqués de Teverga, que había presentado y apoyó una enmienda, afirmaban el derecho de Asturias á seguir recaudando y administrando por sí el tradicional arbitrio, en lugar de percibir del Tesoro su importe en concepto de indemnización, según ofrecía el Ministro para el caso de que se justificara que había sido establecido con autorización legal.

Constantemente, desde mediados del siglo pasado (decía en sustancia el Sr. Marqués de Teverga), ha sido respetado á Asturias el derecho de imponer á los vinos que entraban por sus puertos, secos y mojados, un pequeño impuesto, y primero la Junta del Principado, como después la Diputación provincial, lo han aplicado al sostenimiento de los servicios de la provincia. Esta se halla satisfecha de él y lo quiere, porque con su producto vive desahogadamente la Diputación sin gravar á los pueblos con el contingente provincial, que sería una carga insoportable para los Ayuntamientos, necesitados de todos sus recursos ordinarios para atender á los servicios municipales. Cada pueblo tiene sus costumbres y su manera de ser; y cuando no son un obstáculo para la buena administración del Estado, es necesario y es conveniente respetar esas costumbres y ese modo de vivir en el pueblo que los ha creado. Por esto hemos defendido siempre los representantes de Asturias, como defendieron nuestros abuelos, el derecho de los asturianos á mantener un arbitrio que no grava más que á ellos mismos.

Este arbitrio no influye nada en el consumo de vino: en el último año económico solo ha consumido Asturias nueve millones de litros, cuya cifra basta por sí sola para probar que la supresión de aquel impuesto no acrecentaría el consumo; y en cambio perdería el Estado, con tener que indemnizar á la Diputación provincial el ingreso de que la privaba; perdería á su vez la Diputación, que ahora levanta las cargas provinciales y está al corriente de sus obligaciones, sin arrastrar la vida lánguida y azarosa que en otras se observa, y que hasta ha podido construir monumentos tan expléndidos como el soberbio Hospital-manicomio, el mejor de España, y con el nuevo

régimen carecería á cada paso de recursos, en lucha constante con la Hacienda; y no ganaría el consumidor, porque el gravamen es tan insignificante, que no puede hacerse sensible en el consumo al pormenor.

Debe, por tanto, respetársele á Asturias este viejo impuestos, cualquiera que sea el estado de derecho que se cree para los vinos en sus relaciones con el Fisco; no debe perturbarse á la Diputación provincial en la posesión de ese tributo, que es tradicional en nuestras costumbres. Enhorabuena establezca el Estado los impuestos que estime necesarios para el sostenimiento de los servicios públicos; ajuste con los productores de vino los conciertos que le parezca; pero con eso, déjenos á los consumidores asturianos que nos administremos á nosotros mismos, imponiéndonos los sacrificios que nos parezcan menos penosos y á que estamos acostumbrados, para cubrir los gastos de la provincia sin molestar á los pueblos exigiéndoles ese contingente provincial, que es el que concluye con las Diputaciones. El Ministro no quiere que el vino sufra más de un impuesto, pero esto es cuenta nuestra, de los consumidores y contribuyentes.

A estas consideraciones del Marqués de Teverga añadió el de Lerma que, dando la provincia de Asturias un ejemplo tan patente de buena administración, merced al desahogo que el tradicional arbitrio sobre los vinos proporciona á su hacienda, sería lo más conveniente que el Gobierno acceda á dejar las cosas como están, que es como las ha consagrado la experiencia de varias generaciones. La rigidez de un principio no debe llegar á tanto que no admita aquellas excepciones que el tiempo y las costumbres han acreditado como buenas.

La enmienda no fué tomada en consideración.

JOAQUÍN COSTA.

REVISTA HISPANO-AMERICANA

Indivisibilidad de la confesión.

El periódico jurídico *Temis*, cuya publicación ha comenzado en Caracas en el corriente año de 1896, permite seguir el movimiento que la teoría y la práctica de las instituciones de derecho alcanzan en los Estados Unidos de Venezuela. Habiéndose dado á la estampa en la *Gaceta oficial*, á partir de 16 de Junio último, el nuevo Código civil, que empezará á ser ley el día 28 de Octubre próximo, la revista citada estudia las reformas introducidas y las modificaciones que sufre el texto del que en la actualidad rige; tarea encomendada á una Comisión codificadora, y cuya dificultad para lograr en todos los casos el acierto no es necesario encarecer. En un razonado artículo, publicado en el número de la revista correspondiente al mes de Julio próximo pasado, se defiende con ardor la legislación vigente en el país con respecto á la intervención de Abogados y Procuradores en los actos judiciales. Tanto el art. 172 del Código de Procedimiento civil, como el art. 16 de la ley de Abogados y Procuradores, establecen clarísimamente que en ningún caso se obligará á la parte á constituir apoderado ó á valerse de Abogado, cuando se presente por sí; de modo que ambas leyes, inspiradas quizá demasiado en los principios liberales, han dejado á todo litigante la más absoluta libertad para presentarse y defenderse por sí mismo, si se cree con los conocimientos suficientes para sostener sus derechos. Mas cuando se trata de representar derechos ajenos, confía el legislador esa misión á quien tenga realmente los conocimientos necesarios, juzgando que sólo ofrece garantía el que especialmente se ha dedicado al estudio de la ciencia y ha satisfecho todas las exigencias requeridas por el Poder público para conferirle título de aptitud. Sosteniendo esta teoría, implantada en la ley, combate á sus detractores con el fuego y el vigor que desde luego

se echan de ver en los trabajos publicados por la revista *Temis*. Así no es de extrañar el entusiasta himno que á la libertad entona con motivo de dos fallos recaídos en un asunto que mencionaremos, y que, representando el respeto profundo á las leyes y la honradez de sus Magistrados, son para el articulista honra y prez de Venezuela. El Gobernador del distrito capital del Estado Zulia abusó de su poder deteniendo injustamente á un ciudadano, sin que antes llenara para efectuar tal detención los requisitos exigidos por la Constitución y leyes penales en vigor. No fué parte para librarse de responsabilidad, el carácter de autoridad influyente del que se había hecho reo; sentóse en el banco de los acusados, oyó los cargos del agraviado, formuló sus descargos, y habiéndose seguido la tramitación respectiva, se dictaron los fallos que pusieron término á la controversia, rindiéndose culto á la justicia. Por el primero, dictado por la Corte Superior accidental del Estado de Zulia, se condenó al Gobernador, teniendo en consideración las circunstancias atenuantes de la buena conducta del inculpado y el poco tiempo de detención que sufrió el querellante, á la multa de 200 bolívares, con más las costas procesales; por el segundo, dictado por la Corte Suprema de Justicia del Estado, y aplicando el art. 309 del Código penal, que la Corte Superior no había considerado infringido, se condenó al acusado, como infractor además de la garantía 14 de la Constitución nacional, á sufrir la pena de catorce meses de inhabilitación para ejercer el cargo de Gobernador del distrito, á pagar la multa de 350 bolívares con destino al fondo de cárceles y establecimientos penales del Estado, y al pago de las costas procesales. El hecho es, en verdad, digno de encomio, y ejemplar para cuantos estimen que el cumplimiento inexorable de la ley es garantía firmísima con que armonizan las naciones bien regidas el orden y la libertad.

Expresada ya la índole de los trabajos de la revista *Temis*, daremos á conocer las principales conclusiones de un artículo en que el Sr. Don Manuel Clemente Urbaneja consigna las reflexiones sugeridas por su práctica profesional con respecto á la indivisibilidad de la confesión.

El principio consagrado en el art. 1333 del nuevo Código civil, que establece que la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante, no se entiende por muchos en el sentido que naturalmente se desprende de su enunciado, sorprendiendo que principio tan trivial resulte oscuro por los distingos y excepciones que suelen agregarse

de propia autoridad al texto legal. Esto consiste en que entienden algunos que la disposición del artículo 1281, en virtud de la cual, el que pretende que ha sido libertado de una obligación, debe por su parte probar el pago ó el hecho que ha producido la extinción de su obligación, impide que el que confiesa en juicio la existencia de la obligación y la modifica al mismo tiempo en perjuicio de las pretensiones del demandante, pueda hacer valer esta modificación en su favor, olvidando que es al actor á quien corresponde la prueba de su pretensión, y que sólo en defecto de esta prueba, y cuando el Juez no tiene otro elemento para la decisión del demandado, es cuando se aplica la regla de la indivisibilidad de la confesión. Indudablemente, el que se excepciona está en el deber de probar el fundamento de su excepción; pero el que hace una confesión de cuyo contexto se deduce que no opone una excepción, sino que contradice ó niega la pretensión del demandante, no está obligado á probar los hechos que menciona en su declaración, lo que equivaldría á sostener la prueba del litigio, que de derecho corresponde al demandante, chocando con el mismo artículo 1281, que preceptúa que el que pide la ejecución de una obligación debe probarla. Tradicionalmente, desde Pothier, los expositores de derecho civil presentan el mismo ejemplo. Demanda alguien una cantidad, y el demandado contesta que la recibió y la satisfizo después. A no mediar más antecedentes, debe el Juez declarar sin lugar la demanda, aplicando el principio de la indivisibilidad de la confesión, porque nada debe quien debió y pagó, y el actor no ha probado su pretensión; si el demandado, al contestar la demanda, dijese que nada debe porque la cantidad la recibió por pago de una deuda que con él tenía contraída el actor, habría también de aplicarse la misma decisión por igual motivo.

Es indudable que cuando de la contestación del demandado se deduce que nunca existió la obligación, porque el hecho que por generador de ésta establece el demandante lo explica aquél de modo que produzca una consecuencia diferente á la intención del actor, sería de todo punto insensato pretender hacer distinciones para dividir la declaración del demandado; pero á veces sucede, como en el ejemplo citado, que el demandado reconoce la existencia original de la obligación, y luego agrega alguna circunstancia que envuelve su extinción. No todos los hechos extintivos de obligaciones favorecen al demandado, pues hay algunos que son verdaderas excepciones. La

novación, la remisión y la condición resolutoria, están en el mismo caso que el pago. Respecto de la compensación hay divergencia de opiniones; mas aun cuando uno de los más insignes maestros, Laurent, la asimila al pago para los efectos de la indivisibilidad, preciso es convenir en que ni la jurisprudencia europea ni los tratadistas son de su parecer.

Para que la prueba de la modificación que envuelve extinción de la obligación no quede á cargo del demandado, es necesario que esa modificación tenga un nexo natural con el hecho generador de la obligación. Pero de que mi demandado me deba, no se puede deducir que naturalmente con ocasión de esa deuda haya sobrevenido algún hecho que me haga á mi vez su deudor. Si la confesión fuese indivisible, en este caso podía darse el de que, siendo mayor la deuda del actor, resultase que por su sola afirmación, el demandado, sin probarlo, y contradiciéndolo el demandante—que aquí sería como demandado—obtuviese un beneficio que podía ser dos veces fraudulento, porque no pagaba lo que debía y obtenía lo que no le era debido. No es necesario para que la confesión sea indivisible que no contenga sino un hecho único, porque toda modificación es siempre un hecho distinto de aquello que modifica; lo que se requiere es que el hecho contenido en la adición pueda haber surgido naturalmente con ocasión del hecho original de la obligación. Así, la remisión de una deuda, la condición resolutoria puesta á ella, la novación que de la misma se haga, el mutuo disenso sobre el contrato que la genera, ó su pago, son hechos que naturalmente pueden referirse á la deuda original; pero el entendimiento ni con mucho esfuerzo percibe ese eslabón, cuando al confesarse la deuda agrega el demandado que él es á su vez acreedor del actor. Una deuda no parece que haya surgido naturalmente de la otra. Este raciocinio puede servir de norma y generalizarse para la interpretación de casos análogos. Entonces será permitido dividir la confesión, ó, mejor dicho, ver dos confesiones distintas en la declaración del demandado; y, por supuesto, estará á su cargo la prueba de esa parte de su declaración, y relevado el actor de la prueba del hecho que le favorezca, confesado por su contrario. Téngase en cuenta que sólo se trata del caso en que la confesión del demandado sea el único elemento para la decisión judicial, pues si hay otra clase de prueba auténtica de los hechos, á ella hay que atenerse.

Autoridad del médico alienista en materia criminal.

Algunas afirmaciones contenidas en el discurso pronunciado en la Universidad Mayor de Lima por el Catedrático de Medicina, señor Doctor Ernesto Odriozola, en la ceremonia de apertura del año universitario, son contradichas por la revista *El Derecho*. Eco fiel el mencionado discurso de la escuela materialista, después de proclamar incondicionalmente la Frenología y negar el libre albedrío, aseveraciones refutadas por la publicación citada, trata del interesante asunto que sirve de epígrafe á estas líneas.

En opinión del Sr. Odriozola, los progresos de la verdadera ciencia frenológica han producido un cambio radical en los últimos tiempos. Centenares de locos desgraciados, que en otra época pagaban con el patíbulo sus inconscientes desvíos, son hoy piadosamente encerrados en los manicomios; mas, á pesar de todo, la Frenopatía, que tiene ya plantados los jalones que marcan el emplazamiento de su edificio, no ha logrado aún hacer penetrar la luz de sus conocimientos hasta el núcleo de la masa social. Por eso existen todavía conflictos entre esta ciencia y los Códigos penales, y pesa hoy más en el concepto público la condena de un tribunal jurídico, que el dictamen razonado de un frenópata eminente. El día en que todos nos convenzamos de que los mentalistas no necesitan consumir las energías de su pensamiento en controversias psicológicas, ni disquisiciones escolásticas, para saber dónde concluye la razón y dónde comienza la locura, sino que les basta tomar de la clínica y del laboratorio los fundamentos de sus conclusiones, y que en vez de una dialéctica de sofismas utilicen un lenguaje preciso y claro, como corresponde á exposiciones de carácter atómico y fisiológico, entonces sucederá lo que anunciaba el eminente Legrand du Saulle: *las disertaciones filosóficas caducarán, la Psicología desaparecerá, el Abogado callará, el Jurado escuchará, el Ministerio público procurará ilustrarse, y el Médico alienista se impondrá.*

La ilustrada revista *El Derecho* asegura de manera rotunda, en contraposición á las conclusiones del orador universitario: Que cualesquiera que sean los adelantos de la ciencia, las disertaciones filosóficas no *caducarán*, mientras que la razón sea distintivo esencial del hombre, y la perfectibilidad una ley de la humanidad: Que la Psico-

logía no *desaparecerá*, mientras que exista el espíritu humano, cuyo conocimiento es su objeto. Que el Abogado no *callará*, mientras haya en las ciencias secretos que sorprender, espíritu en las leyes que descubrir, fortuna, honras y vidas que defender. Que los Jueces *escucharán*, como escuchan hoy, pero para apreciar en su justo valor los datos y noticias que se les suministre, declarar y hacer efectivos los derechos. Que el Ministerio público *procurará ilustrarse*, como hoy y como siempre, para llenar su alta misión de promover el restablecimiento del orden social por la represión de los crímenes, de defender los derechos públicos, y de velar en general por el cumplimiento de las leyes. Que el Médico alienista se *impondrá*, como se impone todo Médico, en los reconocimientos de homicidio, heridas, estupro, preñez, aborto; como se imponen los químicos en los reconocimientos de manchas, venenos, tintas; como se impone todo perito en el examen de los hechos que caen bajo el dominio de su arte, oficio ó profesión.

Como expresa el ilustre Dubrac, una de las cuestiones que se presentan hoy con más frecuencia ante la justicia represiva, es la de la responsabilidad moral de los acusados, pues en gran número de asuntos graves se nombran Médicos legistas para examinar el estado mental de los mismos. Mas, preciso es decirlo: existe entre algunos de los Médicos designados por la justicia *una tendencia lamentable, que consiste en transformar al perito en Juez*. Cada cual tiene una predisposición natural á ensanchar la esfera de su acción: *el Médico tiende á juzgar*, con gran detrimento de la justicia. El perito debe limitarse á suministrar, en la causa, informes, de cuyo valor el Magistrado queda Juez. El Médico debe limitarse á comprobar un hecho positivo: el acusado se encuentra en un estado particular producido por el alcoholismo; tiene conciencia de sus actos; los piensa, pero su voluntad es impotente para resistir el impulso que le arrastra al homicidio. El Juez sacará de esas pruebas las consecuencias que admitan; la ciencia, manteniéndose en su dominio, tendrá entonces un campo vasto que recorrer. Pero cuando el Médico agrega: «el acusado no es irresponsable, olamente que su responsabilidad es limitada», se sale del dominio de la Medicina para entrar en el de la Filosofía é invade la misión del Juez: no es á él á quien incumbe decidir la cuestión de responsabilidad. Una vez que ha entrado en ese camino, ¿adónde llegará? ¡El acusado no es irresponsable, pero su responsabilidad es limitada! ¿Por

qué no decir: el acusado es culpable, pero hay en su favor circunstancias atenuantes? En el fondo es la misma cosa. Por tanto, declarando la culpabilidad, admitiendo circunstancias atenuantes, el perito traspasa evidentemente los límites de su misión y penetra en la del Juez.

Notémos también la extrema facilidad con que ciertos Médicos alienistas excluyen la responsabilidad de los criminales. Cuando se han dedicado especialmente al estudio de las enfermedades mentales, ven locos por todas partes, locas son cuantas personas reconocen, y hasta en sus propios actos manifiestan tal extravagancia, que de algún director de casa de locos puede asegurarse que parece menos cuerdo que muchos de sus pensionados. Si se les llama para estudiar el estado mental de un acusado, parece que su mayor deseo es hallar un loco, cosa que consiguen casi siempre. Adoptando este sistema, que más ó menos reduce la libertad humana á no ser más que un asunto de constitución, de músculos, de nervios, de apetitos y de instintos, de educación y de hábitos, encuentran en el criminal que se les presenta un hombre que desde el primer momento presumen que se halla atacado de enajenación mental. Según ellos, si estuviese sano de espíritu, es evidente que no habría ejecutado el crimen; cuanto más monstruoso es éste, más cierta les parece la locura, y partiendo de ahí, no les es difícil declarar la irresponsabilidad. Una herida antigua recibida en la cabeza, una antigua fiebre tifoidea, la menor suposición fundada en la herencia, todo es aceptable. Creen haberlo dicho todo cuando han justificado que el acusado no es responsable porque ha obrado bajo el imperio de una sobreexcitación nerviosa, producida, sea por el alcoholismo, sea por un estado de sonambulismo intermitente. Llevando estas ideas hasta sus últimas consecuencias, se llega á esos singulares sistemas filosóficos presentados más de una vez por nuestros literatos modernos, según los que, los criminales, los ladrones y los asesinos, son simplemente enfermos que se deben curar y no castigar.

Como se ve, la revista *El Derecho*, contrariando con energía la impetuosidad de la opinión opuesta, sostiene la doctrina de que los Magistrados deben confiar al Médico legista el cuidado de comprobar el estado mental del acusado, y no la misión de decidir si es responsable ó no, es decir, si es ó no culpable.

***

El Derecho publica también la Memoria leída por el Doctor Don Juan Esteban Guzmán, Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia, en la solemne ceremonia de apertura del año judicial. Es un documento notable, en el cual se aboga elocuentemente por las siguientes reformas: 1.ª Demarcación judicial de la República. Deben establecerse Cortes y Juzgados de primera instancia en número que guarde proporción y relación con el de habitantes, con las condiciones especiales de cada localidad y con los medios de comunicación. 2.ª Nombramiento de los Magistrados y Jueces por el Poder judicial. No es necesario expresar que tal petición de reforma tiende á asegurar la independencia de este Poder. 3.ª Neutralidad de los miembros del Poder judicial en toda contienda de política interna. 4.ª Abstención directa é indirecta de los Magistrados y Jueces en todos los actos y cargos políticos. 5.ª Aprobación de los proyectos de Código civil, Código de Enjuiciamiento en la misma materia y ley orgánica de Tribunales, que están sometidos á la deliberación del Congreso desde la legislatura de 1891.

ENRIQUE CORRALES Y SÁNCHEZ.

REVISTA DE LA PRENSA JURIDICA EXTRANJERA

POR

JERÓNIMO VIDA,

Catedrático de la Universidad de Granada.

El anarquismo y el derecho penal (*Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 16, núm. 1.º, págs. 1-47).

Continuación (*)

CAPÍTULO III.—*Legislación comparada sobre la represión del anarquismo.*

§ 1.º — *En general.*

La represión del anarquismo se realiza, presentando como especialmente dignos de castigo los delitos cometidos en servicio de la propaganda del hecho y formulando la propaganda de la doctrina como instigación á la comisión de delitos, los cuales, ó se califican comunmente todos como delitos *cometidos con un fin anarquista* (Francia), ó se consideran *como delitos contra las personas ó la propiedad.* Este segundo sistema evita la introducción del concepto de *fin anarquista* en la ley, y sólo permite calificar al delito en sí, á las propiedades del hecho, no la persona del delincuente por sus ideas políticas ó sociales.

Alemania, además de la ley socialista de 21 de Octubre de 1878, no renovada, posee la de 9 de Junio de 1884 contra el uso criminal y peligroso de sustancias explosivas.

Austria siguió este ejemplo con la ley de 27 de Mayo de 1885 sobre la misma materia. Además, la ley de 20 de Junio de 1886, sustrajo al Tribunal del Jurado el conocimiento de las acciones punibles dirigidas á la destruc-

---

(*) Véase la página 636 del tomo 88.

ción violenta del orden político y social actual, y si bien no ha sido renovada, hoy puede acordarse la suspensión del Jurado por una orden del Ministerio en virtud de la ley de 29 de Mayo de 1878.

En Inglaterra, el *Act to amend the law relating to explosible substances*, aprobado en un solo día por las dos Cámaras bajo el influjo del atentado de Westmeinter de 15 de Marzo de 1883, contiene disposiciones penales contra los delitos cometidos con sustancias explosivas.

Francia, bajo la impresión de una larga serie de atentados (Ravachol, Meunier, Vaillant, Leauthier, Henry y Caserio), ha promulgado cuatro leyes: la de 2 de Abril de 1892 y la primera de 18 de Diciembre de 1893, que revisaron los artículos 434-436 del Código penal y la ley de 19 de Junio de 1875, sobre las sustancias explosivas; la de 12 de Diciembre de 1893, contra la propaganda pública anarquista, amplió el concepto de la provocación, creó el nuevo delito de apología de crímenes anarquistas y agravó las penas contra la excitación de los soldados á la insubordinación y á la infracción del deber, permitiendo en los delitos anarquistas de imprenta la detención y el arresto de los culpables; la segunda ley de 18 de Diciembre de 1893 crea un nuevo delito contra la tranquilidad pública, bajo la forma de *inteligencias para fines anarquistas*, conmina una pena á la inclusión ó adhesión y á la formación de grupos anarquistas y permite la imposición de la relegación; la ley de 25 de Julio de 1894, contra la propaganda secreta anarquista, somete al conocimiento de los delitos anarquistas á los *tribunaux de police correctionnelle*, conmina la propaganda, además de con la pena de presidio en celda, con la de relegación en las formas más graves, y prohibe la publicación de los discursos y de los extractos de los procesos anarquistas.

En Italia la ley de 19 de Julio de 1894 castiga el manejo peligroso ó criminal de sustancias explosivas, la apología de delitos anarquistas y la unión para tales fines, permitiendo asignar al condenado, después de cumplida la pena, un domicilio obligatorio *(domicilio coatto)*. Otra ley de la misma fecha trata de la provocación y la apología por delitos de imprenta, y otra ley también de 19 de Julio de 1894, sobre las medidas de previsión para la protección de la seguridad pública, amplía y completa la aplicación del domicilio forzoso.

Suiza votó en 12 de Abril de 1894 una ley contra el uso criminal de sustancias explosivas, la excitación á delitos contra las personas y la propiedad, toda cooperación á los mismos, aun cuando sea realizada por la prensa ú otro medio análogo.

Dinamarca posee una ley de 2 de Noviembre de 1886, contra el consejo y la excitación de palabra ó por escrito, públicamente ó en reuniones ó acciones prohibidas y la apología de las mismas.

En Bélgica, la ley de 22 de Mayo de 1886, castiga la posesión, transporte y colocación de sustancias explosivas con intención de cometer delitos contra

las personas ó la propiedad; pero, respecto de la propaganda, sólo castiga la provocación voluntaria y directa.

España tiene la ley de 11 de Julio de 1894, que castiga el comercio criminal de sustancias explosivas, la conspiración para la ejecución de atentados, el amenazar con ellos, la difusión de las doctrinas que puedan llevar á la comisión de estos delitos.

En Suecia, según dice Olivecrona, hay unos doscientos socialistas, pero ni un anarquista.

§ 2.—*Los atentados anarquistas con sustancias explosivas.*

En Francia, las disposiciones del Código penal que castigaban la destrucción de cosas por la explosión de una mina como el incendio de esas mismas cosas, eran inaplicables al uso de las modernas sustancias explosivas, y además, el máximum de pena que señalaban no estaba en relación con el número de víctimas que éstas pueden producir. Permitían también la aplicación de la pena de la tentativa, cuando la destrucción era parcial, y la estimación de circunstancias atenuantes, y dejaban impune la tentativa con medios no idóneos.

Por esto, la ley de 2 de Abril de 1892 les dió una redacción más ámplia, comprendiendo en ellas la destrucción parcial de *cualquier cosa* mueble ó inmueble por medio de una mina ó de *cualquiera otra sustancia explosiva*, equiparando expresamente la tentativa al delito consumado, y castigando como tentativa de homicidio premeditado la colocación de una sustancia explosiva en un camino público ó privado.

Con esto se ha abandonado el punto de vista dominante en el Código penal, en la materia de que se trata, que estriba en la prohibición de la lesión, viendo en la colocación de una sustancia explosiva un delito de peligro, en el cual el concepto de éste ha sufrido una redacción distinta. Quizá hubiera sido más consecuente, dentro de aquel círculo de ideas, castigar al que pone de propósito y en la duda aspira á lesionar á los hombres que pasen por aquel sitio, porque en los atentados anarquistas hay, por lo regular, algo más que un *dolus eventualis*, puesto que existe la intención de destruir todo lo que entra en el campo de acción de la sustancia explosiva en el momento de la explosión.

La ley de 18 de Diciembre de 1893, modificando la de 19 de Junio de 1871 que regulaba el comercio profesional con sustancias explosivas, prohibe todo comercio, sin autorización de la autoridad y *sin motivo legal*, de sustancias y aparatos explosivos, así como de sustancias destinadas á la composición de sustancias explosivas, y si antes se veía en esto un puro delito de desobediencia, ahora se pone más de relieve el elemento del peligro. En la práctica, podría llegarse á una inversión inesperada del cargo de la prueba, obligando

al acusado á probar la existencia de un *motivo legal*, cuando incumbe al Fiscal probar la existencia de un motivo ilegal.

La ley italiana de 19 de Julio de 1894 prescinde de toda presunción y exige para el castigo del poseedor la conciencia de que las sustancias explosivas están destinadas á la comisión de delitos contra la propiedad ó la vida de otro, ó á producir pavor en la población ó trastornos públicos. De esta manera se da á este delito formal una base material y se le acerca á los delitos contra la seguridad pública del Estado. La pena se eleva si se coloca una sustancia explosiva con los fines indicados ó se produce una explosión, indiferentemente, en cualquier lugar, obrando como cualificativo el peligro realmente producido, y, por tanto, la ejecución en un trastorno público, calamidad ó fenómeno natural. Más gravemente se castiga la destrucción total ó parcial de edificios y el ataque á las personas, llegando á imponer el *ergastolo* por veinte años en caso de muerte de la víctima.

La ley suiza de 12 de Abril de 1894 coincide con la italiana y exceptúa del castigo el caso en que la posesión ó transporte de sustancias explosivas tenga lugar con la intención de evitar un delito. Se diferencia de todas las otras legislaciones, en que trata de castigar *toda cooperación directa ó indirecta* en un delito de sustancias explosivas, aunque no exista complicidad en el sentido del derecho penal. El castigo de estos delitos, sean cometidos en Suiza ó en el extranjero, corresponde al Tribunal federal, que puede delegar en el Tribunal cantonal correspondiente. Estos son competentes cuando el hecho tiene relación con un delito castigado ya por el derecho cantonal.

La ley inglesa de 1883 *(Explosive Substances Act)* castiga la producción de un peligro por explosión de sustancias explosivas y la complicidad ó la posesión de dichas sustancias con el fin dicho, y considera punible la posesión ó conducción de las mencionadas sustancias en circunstancias que hacen nacer la sospecha fundada, de que esto no se hace con un fin legal, dejando impune al que prueba la existencia de este motivo.

La ley alemana de 9 de Junio de 1884 discrepa de las anteriores. Es más rigurosa que la francesa por lo que toca al delito de peligro, porque mientras ésta considera los delitos de sustancias explosivas como de *peligro común*, la alemana es aplicable cuando existe peligro de *una sola persona*. Es también una ley subsidiaria, cuyos preceptos absorben muchas veces los más estrictos del Código penal. Así, su art. 5.° se aplica cuando existe peligro de propiedad extraña, mientras que el art. 311 del Código penal es aplicable cuando existe destrucción total ó parcial de cosas ajenas ó propias del autor, ista ó no exista peligro en el último caso. Según el derecho francés, sólo uede tener lugar una concurrencia de leyes, en el caso que la bomba puesta n un camino cause la muerte de un hombre. Entonces, existe homicidio nsumado, mientras que en todos los demás casos solo puede imponerse la na de la tentativa de homicidio. El derecho alemán tiene en cuenta cual-

quier peligro, mientras que el derecho francés solo trata de la colocación de una sustancia explosiva en un camino; pero la práctica se queda detrás de la legislación francesa, reconociendo que existe el peligro, no cuando se da la posibilidad lejana de la producción de un daño, sino sólo cuando es probable la producción del daño, dadas las circunstancias.

La ley austriaca de 27 de Mayo de 1885 sigue, en lo fundamental, al modelo alemán, aunque suavizándolo en muchos puntos. No castiga la posesión de sustancias explosivas sin fin lícito; ve en el comercio, sin permiso de la autoridad, por lo general, una falta, y solo para el caso de un peligro para la propiedad, la salud ó la vida de otro.

Por lo que toca á la pena de muerte, las leyes alemana y austriaca permiten imponerla solo cuando la acción ha producido la muerte de un hombre y el autor ha podido prever tal resultado. Con esta redacción oscura se quiso imputar al autor, como culpa, toda desviación del resultado del plan criminal. El derecho francés impone solo la pena capital en caso de muerte de la víctima, haya podido ó no preverse. Todavía más allá va en esta dirección el derecho inglés, pero no á consecuencia de una ley de excepción contra los anarquistas, sino por el mismo *common law*.

§ 8.—*La propaganda anarquista de la doctrina.*

La explosión en París, de la *Rue de Bons-Enfents*, movió al Gobierno francés á presentar un proyecto de ley contra la propaganda de la doctrina anarquista, que no tenía ninguna probabilidad de ser admitido, cuando el atentado de Vaillant hizo que se aceptara, en pocos días, por ambas Cámaras agravándolo.

La ley de 12 de Diciembre de 1893 se dirige contra el programa anarquista que, en lo esencial, se reduce á una mera táctica de la lucha salvaje contra la sociedad, y con ella ha seguido Francia el ejemplo de las demás legislaciones.

A.—*La provocación á delitos anarquistas y su apología.*

Amplía dicha ley los conceptos de la instigación y de la provocación directa expresados en el Código penal y en la ley de imprenta de 29 de Julio de 1881, comprendiendo también la instigación sin resultado al robo y á los delitos con sustancias explosivas.

El concepto de la provocación directa, por oposición á la indirecta, necesita interpretación, y ya en la discusión de la ley de imprenta en la Cámara, dijo el ponente Lisbonne que significa el esfuerzo de una persona para determinar á otra á la ejecución de un acto determinado amenazado con pena. El Ministro de Justicia también declaró que la ley exige *un lien intime, indissoluble entre la provocatión et tel fait defini par la loi penale*, y el Tribunal de Casación, dice *une relation précise et incontestable et un lien etroit*. De

esta interpretación se deduce que, de un lado, la forma de la excitación al delito debe ser evidente, y de otro que el delito debe ser señalado por tal manera que aparezca por sus caracteres como un delito determinado señalado en la ley, por su especie. Basta, pues, la designación abstracta del delito que se ha de ejecutar, como robo, homicidio, pillaje, sin que sea menester señalar el lugar ni la hora, ni designar la víctima.

La provocación debe tener lugar, además, públicamente. Si es oral, exige la opinión dominante la presencia de muchas personas, y por lo menos, que se de un grito de manera perceptible para muchas personas. Otros se contentan con la posibilidad de la percepción, pero esto contradice al concepto de la provocación, que, si no exige necesariamente una influencia efectiva sobre los oyentes, supone, sin embargo, la posibilidad de la influencia, y por tanto, la presencia de los oyentes. No puede ejecutarse una provocación por medio de pinturas, grabados, dibujos y emblemas. Entre los delitos á que se provoca, aparecen los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, bajo los cuales no cae el atentado contra el presidente y su familia, que aparece como un homicidio ó tentativa de homicidio común.

La ley añade á la provocación, como un nuevo delito, la apología de crímenes anarquistas, cuyo castigo se justifica por el peligro extraordinario de la imitación de los delitos y de los delincuentes elogiados á una gran multitud. La apología se presenta en dos formas, como apología directa del delito ó indirecta por la glorificación del delincuente. La apología, si tiene de común con la provocación que su acción se dirige á un gran número de oyentes ó lectores, se distingue de ella por su intensidad. La provocación encamina al delito, muestra su destino al servicio de la doctrina y contiene precisamente un llamamiento á la voluntad del oyente, mientras que la apología se queda en la alabanza y habla á la inteligencia. Sólo por una deducción lógica, que resulta de que las acciones dignas de loa, si están empezadas, deben ser consumadas, y si están consumadas, deben ser repetidas, puede el individuo llegar á la decisión. Pourquery de Boisserin llama á la alabanza dada al agitador anarquista la más directa de las provocaciones; pero no es exacto, porque sólo obra indirectamente, dirigiéndose en primer término, á la inteligencia, como punto de apoyo de la determinación de la voluntad. Lo único cierto es que la exuberancia de la apología habla á los sentimientos humanos y puede engendrar la resolución criminal en el calor de la pasión y del entusiasmo momentáneos.

La legislación alemana y austriaca coincide con la francesa respecto de provocación, y aun va más allá, porque, según ésta, á la provocación por escrito ó impreso debe añadirse la difusión de los escritos.

Otra cosa sucede respecto de la apología. La ley alemana de sustancias explosivas castiga al que *excita* ó *induce* á la comisión de acciones punibles determinadas, elogiándolas ó presentándolas como gloriosas. Con la palabra

excita quiere indicar la acción del autor sobre los sentimientos y las pasiones, y con la palabra *induce* el refuerzo de motivos ya impelentes al delito. Por ambas expresiones se marca la diferencia de la complicidad intelectual ejecutada por la alabanza. La alabanza, como forma de complicidad, presupone ya una decisión al hecho; la excitación, por el contrario, cuenta con provocar la simpatía de un lado y el odio de otro, crea así un terreno apropiado para que sobrevenga la decisión criminal y trata de engendrar al mismo tiempo una decisión sobre esta base.

De punto de vista completamente distinto parte el derecho austriaco. El Código penal común consideraba ya como un delito el vituperio de las instituciones del matrimonio, la familia y la propiedad, así como la provocación ó inducción á acciones inmorales ó ilegales y aun su alabanza ó justificación, con lo cual creaba un puro delito de opinión. La ley de sustancias explosivas no ha hecho más que agravar las penas para estos delitos ya conocidos, comprendiendo aun todo ensayo de una justificación teórica. En este precepto existe una limitación exorbitante de la libertad de pensamiento y de palabra, hace tiempo abandonada en otras partes. El derecho austriaco ha superado también á los demás, en cuanto castiga al que da instrucciones para la comisión de tales hechos. Con esto se ataca en general la enseñanza del delito, toda vez que el partido anarquista da en general sus instrucciones, abandonando al individuo la aplicación cuando se ofrecen las circunstancias. Sólo la ley suiza contiene un precepto análogo con su amenaza de pena contra aquel *qui apporte le concours de ses connaissances scientifiques.*

La ley federal suiza eleva la pena contra la excitación y la complicidad al homicidio, al incendio y al saqueo, cuando se ejecutan con intención de producir trastornos en la población ó de disminuir la seguridad pública, con lo cual se ha convertido en circunstancia agravante el fondo teórico de la propaganda anarquista por el hecho. Para el caso de la provocación por la prensa se ha abandonado el sistema de la responsabilidad *sucesiva* y *excluyente* del autor, después del editor, luego del librero, y por último, del impresor, sustituyéndolo, en los delitos anarquistas de imprenta, por la responsabilidad simultánea de todos los que han tomado parte como instigadores, cómplices y encubridores, según los principios generales. La apología no se castiga en Suiza.

La ley francesa de 18 de Diciembre de 1893 ha abolido dos privilegios del derecho de imprenta para la provocación y la apología ejecutadas por la prensa. La ley de imprenta de 29 de Julio de 1881 sólo permitía el secuestro de cuatro ejemplares, como *saisie preventive* para asegurar la prueba, sin que se pudiera impedir la circulación de los demás, ni se tratara de prevenir la comisión ó repetición del delito de imprenta; la ley de 18 de Diciembre de 1893 somete los delitos anarquistas de imprenta al derecho común permitiendo en ellos una *saisie preventive* en el sentido propio de estos térmi

nos, con arreglo á los preceptos del *Code d'instruction criminelle*. El segundo privilegio consistía en las mayores dificultades para la prisión preventiva de los procesados, que sólo podía decretarse cuando no tenían su domicilio en Francia ó habían cometido un *crime*; según la nueva ley, es admisible la detención aun en caso de simple *delito*, y por tanto, para la provocación ó apología de los delitos violentos anarquistas de que antes se ha hablado, con excepción de los delitos contra la seguridad interior del Estado, que fué introducida para sustraer el proyecto del régimen de los partidos. Cuando recae sentencia por un delito de imprenta, la parte respectiva del impreso puede ser secuestrada y destruida en donde quiera que se encuentre. Subsisten inalterables los restantes privilegios de la prensa, exclusión de la pena de muerte, reclusión y destierro en lugar de presidio y relegación, reducción del máximo de pena á la mitad por virtud de las *circonstances atténuantes* é inaplicabilidad de los preceptos de la *loi Berenger* sobre la reincidencia. También respeta la nueva ley la competencia del Jurado: pero la ley de 25 Julio de 1894, ha conferido el conocimiento á los *tribunaux de policie correctionelle*.

Las demás leyes indicadas en el capítulo III no contienen ninguna especialidad.

B. — *La ley francesa de 25 de Julio de 1894 es especial.*

Contiene esta ley una serie de disposiciones que no encuentran analogía en ninguna otra. Ataca, ante todo, la propaganda anarquista clandestina, castigando la inducción de una ó muchas personas al robo, el pillaje, el incendio ó la destrucción con sustancias explosivas por medio de provocación á estos delitos ó de su apología. Se quería atacar de esta manera la propaganda que se hace en las llamadas *soirées libres* en el círculo de los correligionarios, en los talleres durante el trabajo ó ante la puerta de los cuarteles. Con motivo de esta ley, volvió á discutirse en la Cámara el concepto de la provocación directa é indirecta, encontrando el ponente de ella muy delicado trazar el límite entre un estudio objetivo teórico de la doctrina anarquista y una provocación indirecta. Courvoisier definió el concepto de la provocación, con motivo de una ley de 1819, diciendo que existe en cada palabra ó escrito desde el momento que contiene el germen maduro de una agitación. De Serre y Chassan, por el contrario, buscan la naturaleza de la provocación indirecta por el aspecto subjetivo, y la distinguen de la directa en que en ella falta al autor la conciencia del carácter provocativo de sus manifestaciones. Goblet ne la diferencia en la forma externa de la provocación, y señala como in-ecta la que quiere inducir al hecho solo entre palabras ó líneas, por un ıtido oculto. Lo dicho demuestra que la distinción no era clara para el le-ador, pero los orígenes de la ley dicen que se quería prescindir de la indica-n manifiesta, hasta ahora exigida, al delito que debía ejecutarse, sin penar

la provocación culpable. Medios para la ejecución de este delito, lo son todos, las reuniones, las conversaciones en el domicilio ó fuera de él, la correspondencia, hasta los gestos. Para que la provocación ó la apología sean punibles, deben hacerse con el fin de la propaganda anarquista, con lo cual se ha creado una ley de excepción contra el anarquismo, que se justifica por la tendencia destructora del Estado de la doctrina anarquista. Para comprobar la existencia de ese fin, deben ser escudriñados minuciosamente los antecedentes del culpable, así como las circunstancias del hecho.

Con la misma tendencia de fortificar la represión, somete la ley el conocimiento del delito de propaganda pública ó clandestina anarquista á los tribunales de policía correccional, derogando el privilegio que para los delitos de imprenta existía de someterlos al Jurado, y al hacerlo así, se funda en la consideración de que la prensa anarquista no es sino una instigadora á delitos comunes.

Sométase á los tribunales de policía la provocación á la infracción de los deberes militares y á la desobediencia de los mandatos legales, tenga ó no fines anarquistas.

No puede condenarse por la declaración de una sola persona que afirma haber sido objeto de las excitaciones mencionadas, si esta declaración no está corroborada por *un conjunto de cargos* demostrativos de la culpabilidad y expresamente *tenidos en cuenta* en la sentencia. Con este precepto, que contradice el principio hasta ahora dominante en el procedimiento penal francés de la apreciación libre de la prueba, se expone una teoría negativa legal sobre la prueba sólo para la propaganda clandestina. Se funda en el temor de entregar al ciudadano, en otro caso, á las denuncias rencorosas y vengativas de un sólo testigo, que quizá sea un criado, un enemigo ó un espía. Por *conjunto de cargos* entiende la opinión común y una sentencia del Tribunal de Casación, todas las circunstancias, todos los indicios, todas las presunciones que, unidas á la declaración del testigo, pueden traer la prueba de la culpabilidad, todos los medios que, además de la declaración del denunciante, pueden servir para producir en el juez la convicción de la culpabilidad del acusado, como además de otras declaraciones testificales, el dicho del culpable, documentos, todos los hechos indiciarios, los antecedentes del acusado, su correspondencia, su trato con anarquistas, la posesión de periódicos y libros anarquistas. Por *tener en cuenta* los cargos, se entiende, formalmente, una enumeración de los mismos en la sentencia y naturalmente una apreciación de los elementos de la prueba.

En el curso del debate se suscitó la cuestión de si el Fiscal estaría obligado á dar á conocer el nombre del denunciante en caso de sobreseimiento ó de absolución, y Audiffred, Presidente de la Comisión parlamentaria, la resolvió afirmativamente, en el sentido de que puede darse al acusado un testimonio de la querella ó denuncia, pero no dando á conocer sólo el nombre

del denunciante, para evitar de este modo procesos maliciosos por calumnia, puesto que con la denuncia puede conocer el acusado los fundamentos en que se apoyaba y la buena fe de su autor.

Se prohibe la publicación de los informes de las partes. El Tribunal, en la vista de los delitos señalados ó de otros con carácter anarquista, puede prohibir la publicación de los informes cuando su conocimiento parece peligroso para el orden público, así como también es punible la publicación del escrito de acusación y de todas las demás piezas del proceso antes de su lectura. La prohibición debe decretarse de un modo terminante, y sólo puede abarcar los debates, que, según el *Code penal*, comprenden desde el principio de la vista hasta la terminación de los informes. Todo lo que sigue, especialmente el veredicto y la sentencia, no pueden ser excluídos nunca de la publicación, y todavía menos las exclamaciones ó discursos pronunciados por los condenados ó absueltos. Por lo que toca á los periódicos extranjeros, si traen la vista de procesos anarquistas franceses en que se ha acordado la prohibición, son punibles los que las difunden, así como también cuando publican procesos extranjeros, correspondiendo al Consejo de Ministros prohibir la circulación de periódicos extranjeros y al Ministro del Interior la de números sueltos y decretar el secuestro de los ejemplares. En este respecto están en mejor situación los periódicos franceses, porque no pueden ser secuestrados por la publicación de procesos anarquistas extranjeros, ni hacen á nadie responsable por su difusión.

§ 4.—*La formación de grupos anarquistas.*

Las investigaciones practicadas por el Gobierno francés dieron por resultado que las *sociedades libres* ó *grupos*, como dicen los anarquistas, eran el foco donde se habían echado las primeras bases de los delitos cometidos, donde se reunían los correligionarios, se ofrecía ocasión de encontrar un compañero apropiado para la ejecución de un gran proyecto y se hallaba refugio y encubrimiento después de la realización del hecho. De aquí surgieron una serie de medidas penales que en Alemania y Austria, como partes integrantes de la ley de sustancias explosivas, se dirigen contra la llamada «conspiración de la dinamita».

En Francia, los artículos del Código penal que castigan la asociación de malhechores, eran insuficientes para luchar eficazmente contra la formación de grupos anarquistas, y de aquí la ley de 18 de Diciembre de 1893, que interpretó esos artículos y creó además un nuevo delito.

Constituye ahora delito contra la tranquilidad pública *toda asociación, sin consideración* á su duración y al número de sus miembros, y además *toda inteligencia (toute entente)* de varios para proponer ó ejecutar delitos contra las personas ó la propiedad.

El art. 265 del Código penal se ha ampliado, creando frente á la *associa-*

tión y al *complot*, como un *mimes*, la *entente*. Los tres suponen un acuerdo, pero difieren en su contenido y extensión. El *complot* es la acción de uno sobre otros para el fin de la ejecución de un solo delito. En la esencia de la *association* está, por el contrario, una organización fija para la comisión de una serie de delitos. Motivo del acuerdo lo es en la asociación casi siempre el lucro, en el complot el resultado del delito como fin de sí mismo.

En este respecto, la *entente* se acerca más al *complot* que á la *association*; pero mientras el *complot* contiene ya la *resolution d'agir, concertée et arretée entre plusieurs personnes*, el proceso de desarrollo de la intención criminal no necesita haber llegado tan adelante en la *entente*. La *entente* significa la intención, que no ha llevado todavía á la resolución la intención que existe con conciencia y voluntad de dos ó más personas. La *entente* tiene de común con la *association* la indeterminación de su contenido. Ni el tiempo, ni el lugar, ni el medio para el delito, ni aun la víctima, tienen necesidad de estar determinados: basta la especialización del hecho *in abstracto* como un delito contra las personas ó la propiedad.

Castígase también la adhesión á *association* ó *entente* ya realizada y toda especie de complicidad por la concesión de un local para las reuniones, ó de los medios necesarios para la correspondencia de los miembros ó para la comisión del delito.

Las penas se deben imponer individualmente, sin observación de su duración, y después de cumplidas puede decretarse la prohibición de la residencia en un lugar determinado y aun la relegación.

Suiza no tiene ningún precepto de esta naturaleza. La ley italiana de 19 de Julio de 1894, castiga toda unión para la destrucción del orden social ó para la comisión de un delito de sustancias explosivas. Las legislaciones alemana y austriaca se quedan detrás de la francesa en la represión de la formación de grupos, puesto que sólo castigan la unión para delitos *determinados*, y aun éstos sólo cuando existe la *decisión* de dos personas.

§ 5.—*La relegación francesa y el domicilio forzoso italiano.*

La ley francesa de 27 de Mayo de 1885 sobre la relegación y la prohibición de la residencia en lugares determinados, propúsose librar á la Francia continental de los individuos que hacen del delito una profesión y destinarlos á poblar las colonias lejanas. Señalaba como incorregibles á los reincidentes de crímenes y delitos y á los vagos y mendigos.

La relegación es un confinamiento por toda la vida en un lugar determinado, del cual no se puede salir sino por licenciamiento del gobierno colonial á consecuencia de buena conducta, servicios prestados á la patria y capacidad de trabajo demostrados. La vida en la colonia varía según que la relegación sea individual ó colectiva, siendo en la primera el penado un trabajador libre sometido al derecho común, y en la segunda, un trabajador forzado,

acuartelado con otros en edificios especiales y sometido á un derecho disciplinario rígido.

Según la ley de 25 de Julio de 1894, puede imponerse esta grave pena á los reincidentes en propaganda anarquista, y en los delitos de adhesión á un grupo anarquista, aun á la primera condena. Fúndase esta penalidad en que la experiencia ha demostrado que las penas temporales de privación de libertad no obran sobre los adeptos del anarquismo, ni como correctivo ni como intimadores, y el gobierno exigió esta protección de la sociedad como el coronamiento de toda la legislación anarquista, rechazando con éxito todas las enmiendas que tendían á favorecer á los anarquistas en la ejecución de la relegación.

Para el conocimiento de la incorregibilidad, la ley prevé tres condiciones indispensables: condena por un delito de propaganda anarquista, duración de más de un año de la pena principal impuesta y reincidencia dentro de diez años en propaganda anarquista ó en otro crimen ó delito. Queda á la apreciación del Tribunal la imposición de la relegación, por lo cual se prescribe una declaración expresa en la sentencia sobre la necesidad de la exclusión de la sociedad.

La italiana de 30 de Junio de 1889 introdujo, como complemento de la vigilancia de la autoridad, el *domicilio coatto* contra las personas peligrosas para la seguridad pública. La ley de 19 de Julio de 1894, cuya vigencia cesaba en 31 de Diciembre de 1895, amplió considerablemente el número de estas personas, comprendiendo todos los individuos condenados por delitos contra el orden y la seguridad públicos, ó por delitos anarquistas no cometidos por la prensa. Estas condenas permiten á las autoridades de policía detener á los que han cumplido su pena y entregarlos á una comisión provincial, que decide sobre la necesidad del confinamiento y determina la duración del domicilio forzoso. La ley citada ha admitido el domicilio forzoso en una hipótesis completamente nueva, quitándole todo carácter de una pena judicial. El Ministro del Interior puede señalar un domicilio forzoso al que con completa reflexión ha manifestado la intención de cometer delitos contra el orden social. Se señala para domicilio en cada caso un lugar distinto del de nacimiento ó residencia habitual de la persona de que se trata, la cual se somete además á limitaciones en el trato y á la obligación jurídica de presentarse y de justificar sus salarios. El domicilio forzoso trata de conseguir el mismo resultado que la sujeción á la vigilancia de la autoridad, pero de un modo más seguro, aunque más penoso para el penado.

El domicilio forzoso, como protección contra delitos artificiales, contra personas que todavía no han delinquido, constituye una limitación exhorbitante de la libertad personal, que sólo puede explicarse, aunque no justificarse, por las circunstancias anormales en Italia y los sucesos de los últimos años. El domicilio forzoso es, en este caso, una pena de opinión y una pena

de sospecha, pues la comisión provincial procede en secreto, puede declarar su veredicto en ausencia del sospechoso y no ofrece garantías para un exámen imparcial de las razones que hablan en pro y en contra del acusado.

No puede compararse con esta medida la relegación que, por el carácter del delito y la reincidencia, permite llegar á la conclusión de la incorregibilidad del criminal.

CAPÍTULO IV.—*Resultados.*

Junto á la mejora de nuestra situación económica por medio de una política social reflexiva, la represión del anarquismo es una necesidad del Estado. El principio de la retribución debe traducirse más fuertemente que en otro lugar frente á los actos violentos anarquistas, figurando entre los fines de la pena que con él pueden conseguirse, la prevención especial como de gran importancia. Puesto que en rarísimos casos se puede esperar la corrección, se recomienda contra los reincidentes el imposibilitarlos de dañar, por la relegación, en los Estados que poseen colonias, ó por la reclusión ó domicilio forzoso por toda la vida, para los demás países. El licenciamiento por retractación, después de extinguidos 20 años por lo menos, se confiaría á la apreciación de las autoridades judiciales. La pena de muerte no puede esquivarse en los casos de homicidio intencional y en los otros actos violentos en que se puede prever que resulte la muerte.

Por lo que toca á la construcción de los conceptos de los delitos, el derecho francés muestra que no se deben tomar reglas. No debe recomendarse la calificación de los actos violentos, con expresiones como «para un fin anarquista», «para propaganda anarquista», porque, aparte de su oscuridad, estas expresiones prestan á toda la legislación el carácter de una ley de excepción y ofrecen un punto de apoyo para calificar á los anarquistas como delincuentes políticos, de lo cual no son dignos. La confusión de sus delitos entre los comunes, es la mejor represión.

El empleo frecuente de las sustancias explosivas ha llevado á una revisión de las leyes y ha sometido el comercio de estas sustancias á una vigilancia más estrecha. La inversión de la carga de la prueba, que se encuentra en exigir al acusado la prueba de un fin lícito, es un producto del pánico producido por los atentados.

La única certificación exacta de los delitos cometidos con sustancias explosivas, es la de delitos de peligro común, en vista de la extensión extraordinaria é incalculable de este medio de destrucción.

El castigo de la formación de grupos anarquistas y de la propaganda anarquista lo exige la instigación indirecta que radica en ellas. El derecho francés ha ido más allá castigando la apología. Sólo cuando en ella existe una excitación á cometer delitos, debe intervenir el Estado. Deben abolirse, por tanto, en el derecho austriaco, los preceptos que castigan la alabanza ó

justificación derogada de acciones inmorales ó ilegales ó de delitos de sustancias explosivas, así como la instrucción para su ejecución.

En materia procesal, Francia ha errado el tiro con la correccionalización de los delitos anarquistas. Esta limitación del jurado sólo puede acordarse contra los trastornos políticos, y semejante carácter no reconocerá Francia al anarquismo. La prohibición de la publicación de los informes anarquistas como una forma eficaz de propaganda, es sólo una consecuencia. La limitación de la prueba creada por el derecho francés para la propaganda clandestina, tiene sólo un valor precario.

Pero la opinión favorable al Estado no puede obtenerse ni por la amenaza de penas ni por su ejecución. El Gobierno del Estado debe siempre, por su proceder, arraigar en el ciudadano la convicción de su necesidad y utilidad. Lo dicho por Philipporich, respecto de la solución del problema económico, tiene aplicación también á la vida política. «La subordinación espontánea del individuo á los finnes generales, apoyada sobre el más exacto conocimiento de la utilidad común, es el elemento ético indispensable de todo progreso social.»

A. Lens.

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS *

Derecho inmobiliario español.—Exposición fundamental y sistemática de la ley Hipotecaria vigente en la Península, islas adyacentes, Canarias, territorios de Africa, Cuba, Puerto Rico y Filipinas, por el *Dr. D. Bienvenido Oliver y Esteller*.—Tomo 1.°

Si atendemos al móvil en que se inspira la obra de que vamos á ocuparnos, al fin con que se escribe, no podemos negarle nuestra simpatía. Si consideramos la firmeza de los materiales empleados y las condiciones especiales del autor, juzgado con razón como una de las personas más competentes en esta clase de estudios, habremos de reconocer que todos los datos suministrados y todas las consideraciones que se deducen, descansan en una autoridad indiscutible, contienen una garantía eficacísima de acierto y de exactitud. Con mayor razón pocas veces podrá aceptarse lo escrito como prueba de verdad.

El *derecho inmobiliario* es una rama desprendida del derecho civil, que comprende las relaciones jurídicas que el hombre mantiene con las cosas inmuebles. De la importancia de esta rama especial de nuestro derecho certifican los preceptos todos de la ley Hipotecaria. No se trata, pues, de una creación caprichosa del autor; se trata de una serie de relaciones importantes é interesantísimas, que ya antes de ahora gozaban de existencia independiente, si bien con la independencia relativa que la parte puede tener con relación al todo, con relación al árbol frondoso, con cuyas raíces se sostienen y de cuya savia se nutren todas las ramas.

El Sr. Oliver, autor de otras varias obras, todas de gran valor, mas ninguna de tanta importancia como la presente, pretende exponer el derecho inmobiliario español en una forma nueva, siguiendo el método constructivo ó analítico sintético, por entender que una de las principales causas de que

* De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

la ley Hipotecaria no haya producido el benéfico influjo, los trascendentales resultados que esperaban sus autores, consiste en la falta de un conocimiento científico ó sistemático de sus preceptos y de los principios en que descansan; desconocimiento que, unido á otras causas, ha motivado reformas, aplicaciones y proyectos equivocados, absurdos ó contraproducentes, sin tener en cuenta que todas las disposiciones de la ley, según declararon sus autores, «se hallan de tal suerte enlazadas, que no puede tocarse á ninguna de ellas sin que sea necesario tocar á otras muchas, á fin de que todas conserven la debida unidad y armonía».

Dentro de este método, la obra constará de cuatro partes. Tratará la *primera*, de la aseguración ó constitución de la propiedad territorial y demás derechos sobre cosas inmuebles. La *segunda*, de la inscripción considerada como modo de adquirir aquélla y de conservar y extinguir estos derechos con eficacia absoluta. La *tercera*, del derecho de hipoteca. Y la *cuarta*, de la organización del Registro de la propiedad.

El tomo primero, único publicado hasta ahora, en cuya confección ha invertido su autor cuatro años, contiene sólo como precedentes: *Primero*. El concepto general de la ley Hipotecaria, con el estado general de la legislación nacional y extranjera en la época en que se procedió á su formación, así como la redacción, discusión y aprobación de dicha ley. *Segundo*. El planteamiento de la misma con las reformas que ha experimentado hasta el presente, tanto en la Península como en Ultramar.

En el desenvolvimiento de estas materias desfilan ante el lector: todos los trabajos legislativos y planes ideados sobre el particular en nuestro país, desde el proyecto de Código de 1836, y sesiones de la notable Comisión de 1843, en la que quedó aceptada la proposición de Luzariaga, que exigía la inscripción como requisito indispensable para que produjesen efecto en absoluto, y no sólo respecto á tercero, los títulos constitutivos y traslativos de dominio, hasta la ley del Registro de la propiedad para las provincias de Ultramar de 1893, y los trabajos realizados para hacerla extensiva á la Península con ligeras modificaciones; todas las leyes relacionadas con el régimen inmobiliario, publicadas en los diferentes países que han seguido el sistema alemán ó el sistema francés, con la marcada tendencia á aproximarse cada vez más á aquel sistema como más perfecto; las disposiciones reinantes á la publicación de la ley Hipotecaria, ló mismo en Castilla que en Aragón, Navarra, Cataluña, Tortosa, Mallorca y Vizcaya, lo mismo en ba y Puerto Rico que en Filipinas. Y todo debidamente justificado, en mer término, con los materiales originales y directamente consultados, ministrados por la legislación española común, foral y ultramarina, y por s legislaciones extranjeras, y en segundo lugar, por las obras publicadas bre la materia en España y fuera de España, y por las discusiones habidas as sesiones de las Cortes ó en el seno de las Comisiones.

Aparece la ley Hipotecaria como una medida redentora, como una esperanza de salvación, una verdadera panacea del crédito territorial. Su necesidad parecía evidente, su doctrina se aceptaba como un bien, sus efectos se esperaban con ansia. Y sin embargo, apenas parcialmente planteada, se tocaron una porción de inconvenientes y de obstáculos, en su mayoría no previstos, y se levantó una protesta casi general, una oleada imponente que en poco estuvo que no ahogase aquella institución apenas nacida. Era ante todo la lucha del pasado con el presente, el choque violento de las viejas prácticas con las nuevas ideas; pero no era eso sólo, porque en tal lucha natural y prevista, lenta pero eficazmente hubiera acabado por prevalecer la nueva doctrina como más beneficiosa para la propiedad.

Si las nuevas ideas no triunfaron desde luego, no fué ciertamente porque se desconociera su bondad, sino porque en virtud de una equivocación lamentable se consideró como algo secundario lo que debió mirarse como algo esencial: la organización del Registro; se establecieron como base del nuevo sistema los informales asientos extendidos en la antigua Contaduria, desconociendo las inmensas diferencias que les separaban de las inscripciones modernas; se pretendió que los derechos ya adquiridos al tiempo de publicarse la ley Hipotecaria y no razonados en dichas oficinas, fuesen inscritos en la forma nueva y especial que se establecía, si habían de perjudicar á tercero, como si tal cosa fuera posible; y separándose con esto del sistema alemán verdadero por transigir con otras tendencias, y olvidándose del estado anormal de la propiedad inmueble en determinadas comarcas, ó desconociendo la verdadera situacion de dicha propiedad, los defectos de los asientos antiguos y de la antigua titulación, y dando efecto retroactivo á ciertas disposiciones, se formularon una porción de reglas extrañas á la verdadera realidad de las cosas, y se produjo por una parte la absoluta imposibilidad de cumplir la ley, y por otra, la misma inseguridad de que se pretendía huir, pues hasta que quedase marcada con certeza la propiedad antigua y sus limitaciones, las nuevas y posteriores adquisiciones inscritas bajo el nuevo sistema hubieron de considerarse sólo como dudosas, y los asientos como provisionales.

Esta equivocación en la manera de plantear la ley no quisieron nunca reconocerla sus autores, creyéndose por los demás que ya era tarde para remediarla. De aqui que sólo se hayan ideado paliativos, remedios parciales insuficientes, con el sólo fin de prolongar la vida miserable que arrastra la institución, combatiendo uno á uno los síntomas sin atacar el mal en su raiz, ó lo que es aun peor, que un día y otro y con igual afan se hay falseado el espíritu de la ley, buscando una transacción y tratándo de hac posible su existencia sin darle nueva base.

Todo esto resulta claro y evidente en la lectura del tomo publicado pc el Sr. Oliver, y todo esto hace esperar fundadamente una solución acertad.

en el resto de la obra. El autor no oculta su simpatía por el sistema alemán puro, sin mixtificación alguna, y desde luego esta tendencia señala también, en nuestra humilde opinión, el verdadero camino que debe emprenderse. Para saber en un punto esencial la idea del autor, basta fijarse en el título de la segunda parte de su obra: *La inscripción como modo de adquirir la propiedad, y de conservar y extinguir los derechos reales sobre bienes inmuebles con eficacia absoluta.*

Se trata de un problema que por igual interesa á todos y cuya pronta solución se impone, porque constituye hoy una verdadera necesidad. De aquí el interés que la obra del Sr. Oliver encierra y la conveniencia de que sea conocida y estudiada.

Dedica el Sr. Oliver un capítulo, notable por cierto, á la publicación del Código civil y su relación con la ley Hipotecaria. Este capítulo, en cuanto á esa relación, debe estimarse sólo como un boceto. Más tarde resultará, no lo dudamos, el cuadro perfecto y concluído. Además de los artículos que se citan, hay otros que se contradicen real ó aparentemente, y en unos y en otros son varios aquellos cuyas disposiciones pueden armonizarse. Pero todo esto resultará más tarde, cuando hecho detalladamente el estudio, se separen los colores en el cuadro y se destaquen las figuras con su claro oscuro correspondiente.

Hay un punto de vista especial en la exposición del derecho vigente, que también ha de ser examinado en el transcurso de la obra; un aspecto de la cuestión que no contribuye poco al error, y priva muchas veces de eficacia á los preceptos de la ley Hipotecaria. Nos referimos al concepto del tercero. Se propone probar el Sr. Oliver, que con arreglo á la ley actual la inscripción es realmente obligatoria. Prueba es por cierto difícil, y no es raro por lo mismo que no se haya entendido así ni por los propietarios, ni por los jurisconsultos, ni aún por los Tribunales. Sin más que restringir el concepto del tercero en el art. 396 de la ley, y esa es la tendencia que se nota en los fallos del Tribunal Supremo, la inscripción pasa á ser en nuestro país una formalidad inútil. Véase, pues, una consecuencia importante de la falta de fijeza en ese concepto, y con cuánta razón afirmamos que este es un nuevo punto de vista, un aspecto especial de la cuestión referente á la falta de eficacia de la ley por algo que en ella misma se contiene. Véase también una razón poderosa para estudiar la obra del Sr. Oliver y penetrarse bien del espíritu de la ley, mediante un conocimiento científico de la misma, poseyendo el cual, los errores, si los hay, no serán tan graves.

*
* *

Comentarios á la legislación hipotecaria de España y Ultramar, por *Don Leon Galindo y de Vera y D. Rafael de la Escosura y Escosura*. —Tercera edición, aumentada y arreglada al Código civil vigente, por D. Rafael de la Escosura y Escosura.

Acaba de publicarse el cuarto y último tomo de la notable obra del señor Escosura, de que nos hemos ocupado en los anteriores números de esta REVISTA.

Comprende el Comentario de los arts. 222 al 416 de la ley Hipotecaria, disposiciones transitorias y arancel.

Obra esencialmente práctica, su conocimiento es de especial interés, no sólo para los Registradores y Notarios, sino también para los Jueces y Magistrados, y para los Abogados en general.

Felicitamos al Sr. Escosura por lo acertado de su doctrina, lo completo de sus datos y reglas, y la pronta terminación de su obra.

J. MORELL.
Registrador de la propiedad.

Bases de una legislación sobre extraterriterialidad.—Memoria recompensada con 5.000 pesetas por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el concurso al premio Cortina de 1896, escrita por *Don Manuel Torres-Campos*, catedrático de la Universidad de Granada y miembro del Instituto de Derecho internacional.—Madrid, 1896.

A sus numerosas obras sobre Derecho internacional ha añadido el señor Torres-Campos (D. Manuel) esta interesante Memoria, premiada con justicia por el Colegio de Abogados de Madrid.

Comienza por una *introducción*, en la cual se estudia el concepto de la extraterritorialidad y sus relaciones con el Derecho internacional privado, y se expone el contenido y el plan de la obra. El resto puede dividirse en dos partes, según el mismo autor lo advierte en una nota del capítulo IX: en la primera (capítulo I á VIII) se pasa revista á las doctrinas de Derecho internacional privado, expuestas por las escuelas y aceptadas por las legislaciones francesa, italiana, argentina, alemana, belga y suiza, á las tentativas de unificación realizadas por la acción individual, por la acción científica y por la acción diplomática, y á los proyectos de codificación aprobados en la América española, especialmente el notable Tratado, fruto del Congreso de Montevideo, de 1888-89.

La segunda parte (capítulo IX al final) está destinada á mostrar el criterio del autor, para lo cual estudia las relaciones entre la extraterritorialidad y la estadística, los principios que deben informar la extraterritorialidad de las leyes y los que sirven para resolver los conflictos interregionales. Refirién-

dose particularmente á España, menciona el Sr. Torres Campos los proyectos de Ferréto y Olivares Biec, los Congresos jurídicos de Barcelona, Lisboa y Madrid, el Código civil de 1889 y la adhesión de España á los tratados de Montevideo; y por lo que toca á las concurrencias interprovinciales, el Congreso jurídico aragonés de 1880, el de Madrid de 1886, varios trabajos sobre las legislaciones forales y las disposiciones del Código civil sobre la materia.

Resultado de toda esta laboriosa exposición, que representa un trabajo concienzudo y supone una erudición admirable, son las bases que el autor propone para una ley española de extraterritorialidad en materia civil y otra sobre los conflictos entre las legislaciones regionales.

La obra del Sr. Torres-Campos es, como se puede apreciar por este brevísimo extracto, muy completa en cuanto á información; quizá no tanto en cuanto al razonamiento del criterio propio del autor y en cuanto al valor del plan. De todos modos, resulta digna de la sólida reputación que en estas materias ha logrado conquistar el ilustrado profesor de la Universidad de Granada.

A. Sela.

Escrito presentado por un Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, Dr. A. R. G., impugnando la tasación de costas hecha por un actuario en juicio ejecutivo.—Tip. de la *Revista de Tribunales*, Sevilla.

Consiste este escrito en la impugnación de varias partidas incluídas en la tasación de costas, verificada á la terminación de un dispendioso juicio ejecutivo, por la parte ejecutada. Es verdaderamente de lamentar los abusos que por parte de ciertos acreedores se cometen contra el infeliz ejecutado que tiene la desgracia de ser demandado en un juicio ejecutivo, porque aun cuando á la postre logre éste justicia, no le priva de haber tenido que verificar una impugnación costosa, cuyo resultado es siempre relativo, ya que no le excusa de tener que abonar parte de unos gastos perfectamente inútiles para el logro de los fines de la ley y de los derechos del acreedor.

El trabajo es sumamente recomendable, escrito con vigorosa lógica y poderosos razonamientos, y su lectura ha de resultar provechosa á los que ejercen la honrosa profesión de Abogado ante los Tribunales, por los múltiples datos que contiene acerca de todos los detalles que pueden relacionarse con la tramitación de un juicio ejecutivo.

Victorino Santamaría.

Repertorio general de la Legislación y Tratados sobre propiedad industrial.

La Dirección Internacional de la Propiedad Industrial acaba de publicar, en lengua francesa, con la colaboración de jurisconsultos escogidos en los países de que se trata, el primer volumen de esta importante obra. El volumen, de 600 páginas en 8.°, impreso en excelente papel, comprende la legislación de los países siguientes: *Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, España, Francia, Gibraltar, Gran Bretaña, Grecia* é *islas de la Mancha.* A las leyes de cada país acompañan noticias y notas explicativas que indican sobre todo las resoluciones prácticas, administrativas ó judiciales, dadas á las cuestiones suscitadas sobre las materias.

Estas resoluciones están colocadas en el orden siguiente: *Patentes de invención, Dibujos y modelos de fábrica, Marcas de fábrica y comercio, Nombre comercial, Concurrencia de mala fe, Indicaciones falsas* y *Usurpación de recompensas industriales,* el orden alfabético, en una palabra, pues no hay que olvidar que el idioma es el francés.

La obra constará de tres volúmenes por lo menos, y será el *vade-mecum* indispensable de todas las personas que de propiedad industrial hayan de ocuparse: Abogados, grandes industriales, Magistrados, Profesores, Agentes de patentes, etc. Tiene también un sitio bien señalado en las bibliotecas generales y técnicas.

Cada volumen costará 15 francos y se recibirá *franco* enviando mandato postal, ó valor equivalente, á la *Dirección Internacional de la Propiedad Industrial,* en Berna. En Francia, dirigirse á J. Picón, librero-editor, Rue Soufflot, 24, París.

***

La práctica del Código civil, por *D. Evaristo Jiménez Gabarre,* Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. Tomo I.—Madrid, 1896.

Comprende esta obra el texto del Código, la legislación civil que el mismo declara subsistente y la promulgada referente al Código hasta 31 de Marzo de 1896, la jurisprudencia civil, hipotecaria y contencioso administrativa sobre cada uno de sus artículos, y multitud de notas é indicaciones.—Precio del tomo: 10 pesetas en Madrid.

LA REDACCIÓN.

EXAMEN DE LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO que afectan á la administración de justicia en lo criminal. (*)

SEÑORES:

El honor y la satisfacción de dirigiros la palabra en este momento, cumpliendo un precepto legal, no bastan, con ser tan extraordinarios, á dominar el temor que embarga mi ánimo de corresponder, como desearía, á las justas exigencias de vuestra ilustración y de los deberes de mi cargo.

Para los que en análogas ocasiones me precedieron en este delicado empeño, tarea fácil y sencilla fué la de exponeros programas y doctrinas, ya anunciando y explicando, con la brillantez propia de sus talentos, propósitos siempre laudables sobre mejoras y reformas en los diversos ramos de la Legislación ó de la Jurisprudencia, ya despertando, con su reconocido saber, el interés de todos al dilucidar temas y cuestiones de Derecho ó al difundir enseñanzas aprendidas en la difícil misión de administrar la justicia.

Para mí la tarea no puede ser tan fácil. Carezco, sin afectación de modestia, de aquellas condiciones de que ellos dieron gallarda muestra; y por otra parte, ni puedo anunciaros programas de reformas, que de mí no dependen, ni me es dado

---

(*) Discurso leido por el Excmo. Sr. D. Santos de Isasa y Valseca, Presidente del Tribunal Supremo, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada en 15 de Septiembre de 1896.

compensar con recuerdos de otras funciones, la insuficiencia que en el desempeño de las que me son propias habrán ciertamente de notarse.

En verdad, no me es lícito presentar otro título ni ofrecer otro mérito á vuestra benévola consideración que el de mi amor á la justicia, ni entiendo que deba procurar otro resultado, como final de mis aspiraciones, que el de acreditar ahora y siempre que ni la edad ni el cansancio de una vida constantemente consagrada al trabajo han entibiado aquel sentimiento, que á vosotros por igual anima, y que, siendo el móvil único de vuestras acciones, compartis conmigo y á todos nos obliga á desempeñar bien y fielmente la elevadísima y á veces penosa tarea de aplicar las leyes en los juicios, dando á cada cual su derecho y reparando agravios y lesiones que por transgresión de la ley se hubieren cometido.

Por esto, siguiendo las inspiraciones de mi conciencia y prestando á la administración de justicia en lo criminal la preferente atención que merece, me propongo examinar aquellos principios esenciales de procedimiento que más pueden afectarla, y que, ó por no estar bien definidos, ó por no resultar en armonía con otros no menos esenciales, reclaman serio y detenido estudio, como preparacion de su referma, en lo que fuere necesario.

A un fin práctico se dirigen las leyes que determinan las reglas del procedimiento: á que la justicia se administre pronta y cumplidamente; y todo lo que acuse insuficiencia ó ineficacia en su realización exige de nosotros atento examen para procurar el oportuno remedio, ya por nuestra propia gestión, si fuese posible, ya impetrando la deliberación de los poderes públicos para la corrección y enmienda convenientes.

Cada Edad ha tenido sus ideas y formas propias y sus exigencias naturales en orden á la justicia. Cuando ésta, como toda manifestación del poder, se fundó exclusivamente en la autoridad, sus deliberaciones se confundieron con ella. Ley era lo que á la suma autoridad placía; y justicia lo que decre-

taban los encargados de su misión. Al poder patrimonial correspondió la expresión de no ser otra cosa la justicia que una parte del señorío, disputado por muchos, repartido entre los poderosos, ejercido en realidad y en mayor ó menor parte por los que se llamaban y eran potestades de la tierra, aunque conservando siempre, entre nosotros, cierto principio de unidad, dentro del señorial, que declaraba y estatuía ser la justicia uno de los atributos propios del señorío del Rey.

El renacimiento de los principios é ideas que informaron el derecho romano; y mejor quizá, su estudio profundo en Escuelas y Universidades—porque totalmente no había desaparecido nunca de la legislación,—diéronle natural desarrollo y vigorosa aplicación á todos los órdenes de la vida política, jurídica y social, conservando su esencial fundamento autoritario, aunque templado y modificado por las ideas cristianas y las costumbres, traducidas en leyes, muchas veces, de las razas que dominaron nuestro territorio. Aquella influencia contrapuesta á los principios del derecho romano, predominantes un tiempo en lo político, dió á la autoridad otros fundamentos conforme con la razón, y á la justicia apoyos más firmes y dones más preciados que el de la mera manifestación del poder público. La igualdad ante la ley adelantó prodigiosamente en su camino, y con la progresiva aproximación de clases y condiciones sociales se constituyó nueva organización, haciendo más humanos y más compatibles con la equidad los procedimientos y las manifestaciones todas de la justicia.

En nuestros tiempos, á partir de la trascendental reforma de la Constitución política de 1812, las bases fundamentales de la organización judicial y de sus funciones han estribado siempre en estas principios: independencia de la administración de justicia; responsabilidad personal de los Jueces y Magistrados; publicidad de los actos y juicios de los Tribunales. No entra en mis propósitos narrar ni indicar siquiera las alternativas de marcha y de retroceso que la reforma constitucional sufriera, si bien place consignar que, aun en épocas de ardien-

te lucha y de gravísima contienda, en orden á los principios y formas de gobierno, se advirtió siempre constante tendencia á mejorar todo lo concerniente á la administración de la justicia, aceptando y consolidando lentamente los progresos iniciados por la ciencia, con gran predominio sobre el influjo de las pasiones políticas. A mi propósito basta, después de estas brevísimas indicaciones, consignar el estado actual jurídico, así en sus bases constitucionales como en la ley de procedimientos, por lo que á los procesos y juicios criminales se refiere.

El sistema vigente del enjuiciamiento criminal constituye un verdadero progreso en la historia de nuestras leyes procesales, distinguiéndose y sobresaliendo la actual por su mérito aun entre las demás del propio orden en tiempos inmediatos publicadas. Si después de atento examen de algunos de sus puntos capitales se notaren deficiencias ó contradicciones y se reconociera la necesidad y conveniencia de su reforma, no por esto sería justo dejar de tributar á sus principios y manera de desarrollarlos el justo aplauso que merecen y que de común consentimiento se le tributa por cuantos la estudian y aplican en nuestros Tribunales.

No puede causar extrañeza, por otra parte, que se noten deficiencias é imperfecciones. Lo extraño y sorprendente habría sido que el establecimiento de un nuevo sistema de enjuiciar hubiera resultado, de primeras, sin defecto ni incorrección alguna, perfectamente armónico en sus preceptos y congruente y ajustado siempre á los demás que completan el organismo jurídico. Lo propio había de suceder con la que podría llamarse ley complementaria del sistema, que estableció el juicio por Jurados en lo criminal. Por esto á nadie pudo parecer extemporáneo ni infundado el propósito de reforma de esas mismas leyes oficialmente declarado, pocos años después de su publicación, cuando se dispuso (1) que las Audiencias territoriales informasen con la brevedad posible las alteracio-

(1) Real orden de 28 de Marzo de 1893.

nes ó modificaciones que estimasen oportunas en las leyes de Enjuiciamiento civil y de Enjuiciamiento criminal, considerando, al efecto, como parte integrante de este último la que establece el juicio por Jurados.

Está, pues, abierto el período de la reforma—dígase, en su elogio—por los iniciadores mismos de las leyes de cuya alteración ó modificación se trata.

Excedería los límites propios de este discurso exponer las que en todas las citadas leyes de Enjuiciamiento se considerasen oportunas y convenientes. Prescindiré, pués, de lo que al Enjuiciamiento civil se refiere, no sin dejar declarada la necesidad apremiante de su reforma, cuyo trabajo está iniciado y es de esperar que se lleve pronto á feliz término. Tampoco he de referirme en nada sustancial á la del juicio por Jurados, aunque alguna comparación y demostración habré de hacer respecto á determinados puntos comunes á los juicios por Tribunales de derecho y por Jurados. Mi propósito, en este momento, se reduce á examinar el Enjuiciamiento criminal y los juicios por Magistrados, en sus puntos cardinales, ya considerados en sí, ya en relación con la Ley fundamental del Estado. Importa averiguar y declarar si los principios que ella consigna están fielmente desarrollados y rigurosamente cumplidos en la del Enjuiciamiento criminal.

La Constitución de la Monarquía dispone que los juicios, en materia criminal, sean públicos; y en medio de una publicidad, á primera vista, deslumbradora, quizá queda en el secreto del archivo gran número de resoluciones, que al interés público afectan lo mismo ó más, á veces, que las del juicio estrictamente dicho; ó permanecen reservados en la conciencia de los juzgadores los fundamentos de su criterio, resultando éste en lo más sustancial, sin las condiciones de publicidad que le son inherentes. Precepto constitucional es también, base de todos los demás, en este orden, que á los Tribunales pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios; y esta potestad depende, sin embargo, del ejerci-

cio de una función que á su vez depende de otra potestad, que no es ni puede ser la de los Tribunales. Los Magistrados y Jueces, en fin, son responsables personalmente de sus resoluciones y de toda infracción de ley que pudieran cometer; y por combinaciones de sistema y ampliaciones de todo punto inadmisibles se pretende acaso que los Magistrados en sus resoluciones definitivas de los juicios criminales sean absolutamente irresponsables, debiendo quedar reservada al remordimiento de su conciencia toda corrección de su injusticia, si la cometieren.

Por esta mera enunciación se comprenderá la necesidad de esclarecer puntos y cuestiones tan interesantes, mirando por el más provechoso resultado de la justicia, que no puede ser otro que el del mantenimiento del derecho.

Penetrando ya en el fondo de estas cuestiones, entiendo y he entendido siempre que debe hacerse estudio especial de los procesos que terminan por sobreseimiento, cuyo número indudablemente llama la atención de todos y cuya explicación está exigida hace tiempo por la pública opinión. ¿Es que se comprenden en ellos casos más propios del orden de la policía que del orden judicial? Dudoso será esto; y casi me atrevería á decir que imposible; porque en esos procesos han debido de comprenderse siempre hechos calificados de delito por el Código penal, aunque luego resulte no serlo; y el conocimiento de tales hechos, verdaderos ó con apariencia de verdad en un principio, no puede sustraerse de la jurisdicción de los Tribunales, á no caer en más grave vicio ó en intolerable confusión de poderes. ¿Es que respecto á los llamados provisionales, el mal resultado depende de la falta de medios de averiguación y de personal idóneo y suficiente para conseguirla? Podrá ser; pero con llamar una y otra vez la atención sobre tales deficiencias, no habremos hecho, por nuestra parte, más que cumplir un deber.

Lo que sí puedo asegurar, y me apresuro á declarar solemnemente, es que nadie duda—debo creerlo así, por razones que

expondré,—de la justicia de esas resoluciones; y mis razones son que no he oído ni han llegado á mí quejas sobre el particular; y si alguna he recibido, atendiéndola, como era de mi deber, he reclamado el proceso y he podido confirmar, de acuerdo con el de otros más ilustrados, mi parecer sobre la justicia de la resolución en tal caso determinado.

Pero no basta que se crea así y que se proclame tal creencia. Es necesario acreditar la verdad, y someterla además, por la publicidad, al examen y á la crítica de todos. ¿De qué modo?—Adelantaría algo mi opinión, si aquí la expresase. Es la última garantía que se debe procurar; y antes de hablar de ella, el buen orden exige que se examine, bajo todos sus aspectos, el resultado que la administración de la justicia ofrece en esta clase de asuntos.

No hablaré de números. En lugar oportuno podrá verse el resultado que la Estadística ofrece. Tampoco de clasificaciones, sin embargo que éstas llaman la atención más todavía que el número; porque se hace difícil creer en la exactitud del que arrojan los procesos sobreseídos por no haber existido indicios racionales de la perpetración del hecho que dió motivo á la formación de la causa, sobre todo si se toma en cuenta el número de ciudadanos procesados en esos sumarios instruídos sobre hechos que no resultaron ser tales hechos; ni deja de llamar la atención el de los sobreseimientos comprendidos en el caso de no ser delito el hecho que motivó el proceso, mirando principalmente al muy considerable de procesados en tales causas, y no menos ciertamente, á pesar de ser menor el número, el de los que terminaron de tal modo, por aparecer exentos de responsabilidad criminal los procesados, dado que todos estos casos de exención de responsabilidad son excepcionales, y fuera de algunos muy contados, los demás parece que claman la solemnidad y las pruebas del juicio público.

No es el número ni son las clasificaciones las que en este momento requieren mi atención. Pretendo fijarla, reclamando la vez la vuestra, más ilustrada, sobre un punto de cierta ge-

neralidad, relacionado íntimamente con esta materia de los sobreseimientos, que, á mi juicio, reclama seria meditación.

¿Caben, dentro de los términos de un sobreseimiento, las resoluciones todas que en hechos procesables exige ó debe exigir la justicia? Resuelto que no ha lugar á seguir un juicio para obtener declaración alguna sobre responsabilidad criminal, ¿quedan satisfactoriamente terminadas las cuestiones que á la responsabilidad civil pueden afectar? ¿Deben ser objeto esas cuestiones del preceso criminal, ó han de remitirse—y de qué modo—á un juicio civil?

Esto importa averiguar; y para conseguirlo me propongo hacer algunas indicaciones sobre nuestro actual estado de derecho, no con ánimo de dar una solución doctrinal, sino con el de despertar la atención hacia él, á fin de que opiniones más ilustradas puedan esclarecerlo y proponer conceptos y fórmulas que satisfagan ésta que considero verdadera necesidad de la justicia.

En la divisoria del derecho sustantivo civil y penal, se confunden á veces puntos de la línea que, ya parecen pertenecientes al lado del derecho civil, ya al del derecho penal; y, por consecuencia, propios los unos de la acción y del procedimiento civil y los otros del proceso criminal.

Se distinguen bien, aparte de otras obligaciones civiles, las que nacen del contrato y las acciones para exigir su cumplimiento, de las obligaciones que nacen de delito y las acciones por cuyo ejercicio se puede obtener su reparación.

Pero sabido es que hay hechos ó actos que no son contratos aunque se asemejan á ellos, y ha sido necesario llamarlos cuasi-contratos; y otros, que no son delitos, aunque tienen parecido de tales, y fué preciso llamarlos cuasi-delitos, denominación no admitida ya en nuestro antiguo derecho, ni en el vigente, por su deficencia é impropiedad: y en estos hechos, de naturaleza propia difícil de distinguir, definidos y clasificados, al fin, por su naturaleza, semejantes á los que como tipo ofrece el derecho, la distinción de las acciones y del procedimiento tro-

pieza con análogas dificultades y posible confusión. En resolución de ellas, para los cuasi-contratos se ha seguido la regla de los contratos, en cuanto á sus acciones y procedimientos; y por lo tocante á los hechos ú omisiones antes llamados cuasi-delitos, se ha introducido una distinción algo sutil, derivada de la que se hace de la culpa ó negligencia, cayendo del lado de lo civil las acciones ú omisiones causantes de daño, no punibles, y del lado de lo criminal las acciones ú omisiones causantes de lesión ó daño, declaradas punibles y sancionadas con pena en el Código. Mas esta distinción que con sencillez se expone y se explica doctrinalmente, no aparece ya tan clara en el derecho positivo.

El Código civil prescribe, en efecto, que el que por acción ú omisión causa daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado; y á la vez el Código penal castiga al que por imprudencia temeraria ejecutase un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito; y al que con infracción de los Reglamentos cometiere el delito—acción ú omisión, que de existir malicia constituiría delito, parece que se quiso decir,—por simple imprudencia ó negligencia. No trato de comentar ahora las indicadas definiciones del Código penal, muy necesitada por cierto de aclaración. Comparo solamente la del Código civil y la del Código penal, en este punto de la culpa ó negligencia, como origen de obligación ó de responsabilidad, y por consiguiente de acción y de procedimiento.

Si, por un lado, produce obligación civil el daño causado por culpa ó negligencia; y por otro es causa de responsabilidad criminal y de la civil consiguiente la lesión ó el daño causado por simple imprudencia ó negligencia, ¿dónde está ó en qué consiste la distinción que entre una y otra clase de obligaciones debe existir? Condiciones necesarias y concurrentes en ambas son el daño y la culpa. Uno y otra, ¿qué son y cómo se definen? No resulta clara la distinción, ni se ha dado su definición en las leyes vigentes.

Las Partidas (1) definían el daño diciendo que «es empeoramiento, o menoscabo, o destruymiento, que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas, por culpa de otro.»—Los actos ú omisiones de sanción civil y de sanción penal van confundidos en esa definición. Los Código vigentes, poco inclinados á definiciones, no dan la del daño. El civil lo supone definido por la doctrina y establece la obligación de repararlo cuando se ha ocasionado por culpa ó negligencia; el penal tampoco lo define; pero comprende y castiga entre los delitos contra las personas—«el destruymiento ó menoscábo»,—muerte ó lesiones, y entre los delitos contra la propiedad los que en la ajena se causaren, comprendiendo sin duda en esa propiedad toda clase de bienes. Podría parecer, según esto, que se distinguían jurídicamente los daños á las personas de los daños en las cosas; pero esta distinción, que por otro motivo y con referencia al concepto del daño se hace, para nada influyen en la de la responsabilidad civil ó criminal, que permanecen confundidas en una y otra clase de daños. En cuanto á la otra condición notada, la referente á la causa de la obligación ó de la responsabilidad, una y otra ley hablan indistintamente de la culpa ó negligencia que producen ó pueden producir obligaciones de una ó de otra índole; cualquiera culpa ó negligencia, según el texto civil; simple imprudencia ó negligencia, según el penal; términos, como se advierte, de igual sentido literal y jurídico. Necesaria es la distinción, que sólo por una reforma podrá hacerse; ó entre tanto por resultado de la jurisprudencia: distinción que separe el concepto de las acciones ú omisiones, causadas por imprudencia, que den lugar á responsabilidad criminal y á la civil consiguiente, de aquellas otras, de simple negligencia, que aun no produciendo responsabilidad criminal, puedan producir, sin embargo, obligación civil, de reparación ó resarcimiento de daños y perjuicios.

Pero ¿qué ocurre, entre tanto, en el procedimiento, que es

(1) Ley 1.ª, tít. 15, Part. 7.ª

de lo que especialmente queremos tratar? Si en el derecho sustantivo no hay toda la apetecida claridad, desde luego puede adivinarse que en el procesal no ha sido fácil establecerla.

Cuando el proceso llega á juicio, todo lo concerniente á responsabilidad civil tiene solución: cuando acaba por sobreseimiento, no dejan de ser notables las deficiencias.

Abierto el juicio, en ciertos casos de exención de responsabilidad criminal se delibera y se juzga, según el derecho constituído, de la responsabilidad civil del procesado mismo; y en muchos más que los de exención de responsabilidad criminal, de la responsabilidad civil, directa ó subsidiaría, de terceros. A veces, también, cuando el juicio propiamente criminal termina por la conformidad de los procesados, con la acusación, en lo relativo á la pena; ó por la confesión de su responsabilidad criminal, no extensiva á la civil, sigue también el juicio para la depuración y declaración de ésta.

El rigor sistemático en el deslinde de obligaciones y responsabilidades y de jurisdicciones competentes para determinarlas, parece que hubiera podido exigir é imponer la terminación de la jurisdicción criminal allí donde hubiera terminado el juicio declarativo de responsabilidad punible, remitiendo á la jurisdicción civil lo que fuere técnicamente propio de ésta, para no privar á los interesados de su derecho sobre acciones, pruebas, deliberaciones y recursos tan diferentes en una y otra jurisdicción; pero razones de indiscutible notoriedad indujeron á conservar la unidad del juicio y á autorizar cierta manera de prórroga jurisdiccional para decidir de las obligaciones y responsabilidades civiles, nacidas de hechos punibles, aun no siendo inherentes ni subsiguientes á la responsabilidad criminal, que no existió ó fué definitivamente resuelta con independencia de la civil, en los casos indicados.

No así en los sobreseimientos. Según el derecho constitido, en todos los casos en que se dicta un sobreseimiento, r no existir el hecho, por no constituir delito ó por estar entos de responsabilidad sus autores, el proceso, las inves-

tigaciones, la justicia, terminan con el auto de su declaración. Puede existir, sin embargo, daño ó lesión causados por culpa ó negligencia; y tenudo es—aún no vigentes, las definiciones y los aforismos de las Partidas serán siempre dignos de citarse—«tenudo es de fazer emienda; el que lo causó, como quier que él non fizo á sabiendas el daño al otro; pero acaesció por su culpa» (1). Hubiérase abierto el juicio, y aun en ciertos casos de irresponsabilidad criminal se habría deliberado sobre la responsabilidad civil. Luego el juzgar y resolver sobre tan interesantes extremos, no depende de la índole del hecho ó de la condición del procesado, sino de que se abra ó no el juicio. De aquí la importancia y trascendencia, bajo este solo aspecto de las responsabilidades civiles, de los autos de sobreseimiento.

La justicia no puede quedar satisfecha, por bien que se expliquen, si pudieran explicarse bien, esas distinciones sutiles, mientras el perjudicado no obtenga la debida indemnización; ni la conciencia recta é ilustrada puede estimar como estado admisible de buen orden social, ni de cumplida administración de justicia el que tales deficiencias acusa y en tal desamparo deja los derechos lastimados. Aun en los casos, comunmente llamados desgracias, justo es que las soporte quien por su acción ú omisión causó el daño, y no quien fué víctima de él, sin imprudencia alguna de su parte. La remisión, en tales supuestos, del perjudicado á usar del derecho de que se creyere asistido en un juicio civil, por sarcasmo, antes que por recta solución, habrán de tenerlo todos los que no estén desprovistos del sentimiento de la justicia.

La familia, arruinada por la muerte ó inutilización para el trabajo del que tal vez fué víctima de uno de esos hechos, llamados casuales, no ocasionados por su imprudencia ni por caso fortuito, sino por culpa ó negligencia de otro, clamará pidiendo reparación; y no estimará que lo sea la especie de cor dena que se le imponga, agravándole el daño sufrido, de pe

(1) Ley 6.ª, tit, 15, Part. 7.ª.

dir en un pleito la indemnización que se le deba. Sin tantos alardes de progreso, sin tanta distinción sutil, mejor justicia era la del antiguo derecho con su confusión de conceptos y de jurisdicción en lo civil y lo penal. El precepto era claro y los Jueces no podían, abierta ni disimuladamente, excusarse de aplicarlo. En nuestro actual estado, ya se ha visto, el sistema y la división de jurisdicciones parecen perfectos, pero por entre los resquicios en los puntos de unión de lo civil y de lo penal, la indolencia, la ignorancia ó la malicia puéden encontrar evasivas y burlas contra la justicia, y ésta quedar sin realidad en medio de tan sistemáticas ordenaciones de actos y conceptos jurídicos.

Hay, pues, graves deficiencias que suplir y subsanar. Por lo que al derecho constituído toca, sólo me es lícito reclamar la más viva atención hacia esos hechos, á fin de que, siendo posible, no queden oscurecidas y como sepultadas, sustrayéndolas del juicio, esas responsabilidades, que pidiendo la apertura del mismo, cuando proceda, podrán ser objeto de la deliberación y resolución que en justicia merezcan. En cuanto al derecho constituyente, ya por lo expuesto puede conocerse la opinión que me parece más acertada. Siempre que haya lugar á la formación de un proceso por actos ú omisiones que revistan caracteres de delito, debería mantenerse la unidad del asunto hasta depurar todas las responsabilidades derivadas de aquel hecho. Si no hubiere lugar á exigir la responsabilidad criminal, pero existiere, como puede existir, en tales casos, lesión ó daño indemnizables, la justicia no debería dar por terminada su misión hasta dejar resuelto lo que sobre la responsabilidad procediere. Y en fin, dado que sólo se creyere haber lugar á pedir por acción civil la satisfacción del daño ó del perjuicio causados por culpa ó negligencia, en asuntos en que hubiere intervenido la jurisdicción criminal, terminados por sobreseimiento ó por absolución, con reserva de la acción civil, el Ministerio fiscal debería ser encargado de mantenerla, cuando el perjudicado, por estado de pobreza, no pudiera hacerlo; porque causa pública

es, muy propia de los deberes de aquel Ministerio, amparar al desvalido en las reclamaciones que con justicia pudiera mantener, en solicitud de reparación ó resarcimiento de daños ó perjuicios, que no por caso fortuito ni por su propia imprudencia, sino por culpa ó negligencia de otro, hubiere podido sufrir.

En conclusión: la justicia reclama que las vigentes reglas y disposiciones relativas á sobreseimientos se completen con las que fueren necesarias para satisfacer estas dos condiciones: la publicidad de la resolución y la reparación é indemnización de los daños y perjuicios causados por el hecho que motivó el proceso.

La vista no pública que se celebra antes de dictar aquellas resoluciones, debe completarse con la publicación, por estados expresivos ó relaciones circunstanciadas, de los autos que pongan término á las diligencias; y la indemnización de responsabilidades civiles debería ser decretada en el mismo procedimiento criminal, abriendo el juicio, si el hecho que lo motivó causó daño ó lesión indemnizables, salvo el derecho del particular perjudicado de reclamar por acción civil la reparación ó indemnización de que se estimase acreedor, y encomendando al Ministerio fiscal el ejercicio de dicha acción por los que careciesen de medios para ejercerla, siempre que la omisión ó negligencia que ocasionó el daño ó perjuicio produjesen obligación civil de repararlo ó indemnizarlo conforme á las leyes. Con estas adiciones ó reformas y el recto proceder, nunca discutido, de nuestros Tribunales, quedaría satisfecha la justicia en materia que tanto afecta al interés y al derecho de los ciudadanos.

Otra deficiencia más importante quizá reclama también nuestra atención.

Entre las innovaciones no aprobadas en absoluto por el sentido jurídico ni acreditadas por la experiencia, se notó, desde el momento de sus primeros ensayos, la de los términos un tanto exagerados del planteamiento del sistema acusatorio en los juicios criminales.

No cabe duda sobre las ventajas del sistema, en sí mismo considerado, ni se discuten sus excelencias irreprochables, si en sus límites propios se contiene, para la depuración de la verdad en aquella clase de juicios. De lo que se duda es de si su extensión y sus límites son los propios de sus funciones, y de si su organización y facultades están bien concordadas con otros preceptos, de no menor excelencia, que no pueden olvidarse ni menospreciarse si la administración de la justicia ha de conservar sus naturales fueros y prerrogativas. El derecho de acusar es un principio y el poder de juzgar otro bien distinto. Con no perturbar ni quebrantar esta distinción se podrán mantener ambos en su respectiva esfera de acción con gran beneficio público.

No realiza satisfactoriamente estos fines nuestro actual estado de derecho. Al examinarlo con el sano propósito de su mejora, de ninguna manera ni por motivo alguno podrá entenderse que trato de debilitarlo ni de amenguar en lo más mínimo su prestigio. Las leyes han de observarse y cumplirse siempre; si conformes con la conciencia general, en satisfacción de un deber, acorde con el sentimiento público; si incorrectas ó poco conformes con los dictados de la opinión ilustrada, para poner de manifiesto sus incorrecciones, que sólo podrán tener enmienda en tal caso procurando su más conveniente reforma.

El principio dominante en nuestro enjuiciamiento criminal es el de que sin acusación no hay juicio posible.

¿Es esto exacto en sana doctrina jurídica? Si del mero arte del procedimiento y de la conveniente preparación para el acierto del fallo se trata, el principio ó la regla ó el método son indudablemente los mejores; porque, practicadas las pruebas del juicio, se necesita discutirlas para fijar bien las opiniones y el criterio; y en este sentido, la discusión entre la acusación y la defensa previa, de la que tal vez en el seno del tribunal mismo pueda surgir luego, es de notoria conveniencia para la ilustración del caso controvertido. Pero si no se tra-

ta de una cuestión de arte ó de método ó de buen procedimiento, sino que se instituye un verdadero principio y se declara que á la función acusadora toca decidir si ha de haber ó no juicio y si su convencimiento ha de dominar en absoluto el de los demás, entonces cabe dudar de la bondad del principio y de sus fundamentos técnicos.

La jurisdicción civil y la jurisdicción criminal son esencialmente distintas, como las relaciones jurídicas de que han de conocer y las funciones sociales que están encargadas de desempeñar.

Siempre que la justicia funciona, sea por sí, sea á instancia de parte, se la requiere ó interviene en ella con motivo de la infracción de un deber sancionado por la ley. Cuando ese deber afecta sólo al interés privado, la ley le da su sanción, dentro de la jurisdicción civil, instituyendo el Tribunal y el procedimiento adecuados para que la perturbación del derecho ocasionada por aquella infracción, sea debidamente reparada. La ley no va más allá ni traspasa esos límites: amparadora del derecho, mantiene la justicia, con sólo la sanción civil que considera suficiente para el logro de sus fines. Mas cuando el deber quebrantado afecta al derecho social, la ley no se satisface con una sanción meramente civil para su amparo ó su reparación, sino que califica el hecho de delito é instituye la justicia, para que con requerimiento ó sin requerimiento del agraviado, los hechos se depuren y sufran los responsables de ellos las penas que la ley ha considerado justas y necesarias para la represión y castigo de tales transgresiones. Una excepción se reconoce, que es verdadera confirmación de la regla; la de aquellos delitos que, sin dejar de ofender la moral y el órden social, afectan esencialmente al individuo; los cuales sólo á su instancia pueden ser perseguidos, quedando exclusivamente á su interés también el pedir la sentencia y hasta conceder su perdón.

Si no es un símil impropio, ¿no habrá de calificarse de grave inexactitud la de suponer que el juicio criminal no pue-

de promoverse sino por demanda como el juicio civil? Y si no es puro romanticismo, ¿qué se quiere decir cuando se sostiene que el juicio criminal es cómo un torneo, en que el Tribunal sólo hace de Juez del campo, para igualar las condiciones y pronunciarse por el más animoso ú hábil de los combatientes?

No; la justicia tiene otros fundamentos: su misión es más alta y mucho más elevados sus propósitos y sus fines.

La justicia en lo criminal no necesita requerimientos ni instancias para funcionar: es por sí y de nadie tiene que recibir vida ni movimiento: se impone y nadie puede imponerse á ella.

Desconocidos estos fundamentales principios, el poder de la justicia ha sufrido detrimento. Fijémonos en los hechos. Se han practicado las pruebas del juicio; y todos los llamados á apreciarlas han formado en su conciencia un principio de convicción. El Tribunal, ya de Magistrados solamente, ya de jurados y Magistrados, espera la discusión de la acusación y de la defensa, para confirmar aquel principio de convicción ó decidirse por otro más atinado y seguro. En este momento, la acusación desiste. El acto ha terminado. No hay posibilidad de juicio: y jurados y Magistrados se retiran, aquellos sin deliberar sobre la culpabilidad ó inculpabilidad del procesado; éstos, si constituían Tribunal por sí sólos, sin poder expresar su criterio sobre lo ocurrido.

¿Ha sido sólo una decepción ó ha pasado algo más en esta singular manera de terminar un proceso? El juicio verdadero, la decisión del caso, ha sido obra exclusiva del encargado de la acusación. Allí, él solo, en su conciencia, sin deliberación ni consulta posible con nadie, ha estimado que la acusación no tiene fundamento; y su criterio, sin discusión, se ha impuesto al de los demás. Si el juicio es por jurados, ha terminado por un sobreseimiento libre: si por Magistrados, por una sentencia absolutoria. A ésto se han reducido las garantías, tan afanosamente buscadas, del Tribunal colegiado para fallar los procesos; á que un sólo funcionario, en única instancia y sin recurso

posible contra su parecer, formado de momento y por meras impresiones quizá, decida sobre la terminación del juicio. No discutamos que por ser esa terminación favorable al procesado deba prevalecer y nada haya de importar, como algunos entienden; porque si tal fuera el criterio que debiera adoptarse, ¿á qué hablar de justicia ni de Tribunales que la administren? con facilitar por éstos ó los otros medios las absoluciones—cuyo número extraordinariamente crece —podría declararse inútil el empeño de juzgar á los criminales. No: la justicia no es la condena ó la absolución en general, sino la recta apreciación de los hechos y la justa aplicación de las leyes en sentencias condenatorias ó absolutorias, según los méritos del proceso. Siempre será una confusión intolerable el convertir la función acusadora en función judicial, y como se ha ideado sólo en el procedimiento, sin tener en cuenta otras leyes y otros preceptos más esenciales que los del proceso para la realización de la justicia, la innovación produce hondas perturbaciones en el orden judicial.

La función acusadora no ha adquirido ese extraordinario poder, que una ley de procedimientos le ha dado, sino á expensas de otros, establecidos por la Constitución misma del Estado. La potestad de juzgar aplicando las leyes en los juicios civiles y criminales pertenece exclusivamente á los Tribunales, y no depende ni puede depender de ningún otro poder ni de ninguna otra función que no sea la instituída para administrar la justicia conforme á las leyes. Al verse obligados á no poder deliberar ni juzgar por sí ó por su criterio, sometiéndose al criterio de otro, los Magistrados han de sentir necesariamente el detrimento de su potestad subordinada en casos tales á otra función revestida de poderes que á ellos solos competen.

La responsabilidad judicial desaparece también en tales ocasiones. Hay que declararlo: no se incurre sólo en un extravío de doctrina y en un cambio de potestad constitucional, se infringe además abiertamente, con tal sistema, el precepto de la responsabilidad judicial.

No es responsable el representante de la función acusadora: tampoco pueden serlo los Magistrados á quienes se impuso por ley un criterio que les privó de la libertad de formar y emitir el suyo propio. Y nótese bien: no existe hoy la responsabilidad judicial, ni la del Ministerio fiscal, ni será fácil restablecer aquélla á no modificar el sistema y facultades de la acusación. Entre las prescripciones del Código penal vigente no se encuentra la que pudiera condenar como culpable la apreciación maliciosa ó inexcusablemente equivocada de hechos y pruebas que pudiera impedir la realización de la justicia. Lo está la del funcionario público que á sabiendas dicta ó consulta providencia ó resolución injusta en negocio contencioso-administrativo ó meramente administrativo; pero no la del funcionario que pudiera proponer resolución de igual índole en negocio judicial; y la diferencia de criterio, al establecer tal distinción, debió consistir en que los negocios administrativos consienten la posibilidad de ocultación ó tergiversación de datos, por malicia ó ignorancia, que induzcan á la resolución injusta, circunstancia imposible en nuestro antiguo Enjuiciamiento, en el que Jueces y Magistrados, no sólo podían, sino que debían examinar el proceso por sí, aceptando ó rechazando el dictamen fiscal, según creyeren justo; é imposible también el nuevo sistema, en el que todo es público y todo puede apreciarse, con igualdad de medios de convicción, por los que oyeron las pruebas y todos los incidentes del juicio. Por esto, la irresponsabilidad de los encargados de la acusación tendrá que ser igual mañana ó el día en que se lleve á efecto la reforma de la ley penal, que lo es hoy; porque nunca la opinión podrá equipararse al juicio: y mientras que aquélla goza y debe gozar de su libertad propia, el juicio y el fallo, si fuesen injustos, habrán de tener por correctivo indispensable el de la sanción penal contra resoluciones dictadas con malicia ó por ignorancia inexcusable.

Necesario será, por tanto, proponer la reforma que haya de hacerse, adoptando medios y disposiciones que por igual am-

paren todos los derechos, dando á la acusación la importancia que en el sistema ha de tener, pero sin detrimento ni menoscabo del poder y de la autoridad que el Tribunal representa y ejerce, ya sea en los juicios por Magistrados, ya en los juicios por jurados.

De cuáles pueden ser los medios de reforma, no es ocasión propicia la presente para detallarlos. Ya se ha dicho que en la exageración está el vicio que se censura. Con no atribuir á la acusación el poder de la justicia y con no elevar á principio constitucional el que sólo puede y debe ser buen principio de procedimiento, se habrán salvado los inconvenientes.

Tímidamente la ley consintió y estableció una excepción ó desviación de su principio, al conceder al Tribunal la facultad de proponer á la acusación y á la defensa, para su discusión, un tercer término no comprendido en sus conclusiones, ya sobre si el hecho justiciable constituye determinado delito, ya sobre la existencia de alguna circunstancia eximente de responsabilidad.

El sentimiento de la justicia ha inducido á veces á creer que dentro de esas facultades podría considerarse comprendida la de someter á discusión, ya la culpabilidad, ya la dirección de la acusación contra tal procesado.

La jurisprudencia ha resuelto sobre estas dudas, y á sus resoluciones debe estarse. Ciertamente la ley no autoriza el uso de esa facultad, que podrá quizá prevalecer en el estudio de su reforma. En los juicios por jurados hay un recurso lógico, aunque ineficaz: el de ofrecer al público la acusación. En los demás juicios ni ese recurso existe.

Otras legislaciones no menos adelantadas que la nuestra han establecido medios que parecen adecuados para salvar el inconveniente de la falta de acusación, cuando cree el Tribunal, sin prejuzgar por esto su fallo, que debe haberla y que el juicio debe continuar. Nosotros hemos optado por lo más radical y exagerado del sistema al establecerlo. Las enseñanzas de otros pueblos y nuestra propia experiencia serán la mejor guía

para la reforma que en interés de la justicia deba hacerse.

A las deficiencias y contradicciones notadas en la sustanciación de los procesos, antes de que éstos lleguen á verdadero estado de juicio, hay que añadir otras referentes á la terminación del mismo por sentencia.

Declara la ley que el Tribunal la dictará, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio. De la misma expresión se sirve la ley que regula el procedimiento del juicio por jurados, disponiendo que éstos contestarán, según su conciencia, á las preguntas que el Tribunal ó su Presidente les hiciere sobre los hechos y culpabilidad de los procesados.

¿Son iguales ambos conceptos, según la ley? A juzgar por su letra, así puede creerse. Atendiendo á otros principios y reglas sancionados por las leyes, hay que reconocer, sin embargo, notable diferencia entre uno y otro criterio, su forma de expresión y sus consecuencias de varia índole.

Por igual entiende la ley que puede obtenerse la investigación y declaración de la verdad en uno y en otro procedimiento; y ha podido decir que en ambos se aprecien las pruebas, según la conciencia las estime, en el sentido de que siempre ha de reputarse como verdadera y declarada por la conciencia la resolución que ponga término á la apreciación de las pruebas y revele el concepto que de las mismas se haya formado. Pero si esa revelación ha de ser fundada, en un caso, mientras que en otro basta expresarla por una afirmación ó una negación, sin razonamiento alguno; si en una clase de juicios, pronuncian el veredicto los ciudadanos por su derecho como tales, con la libertad declarada por la ley, mientras que en los otros, la potestad de juzgar y sentenciar emana de otro origen y de ley más restrictiva; si en aquéllos, en fin, el veredicto; acertado ú erróneo, no induce á responsabilidad de los que lo pronunciaron, al paso que en estos otros juicios de Tribunales de derecho, los Magistrados son responsables de sus errores, si concurren ciertas condiciones, preciso será convenir que no cabe comprender bajo una fórmula común la expresión de uno

y otro criterio, aunque ambos hayan de tener por norma y guía la conciencia de los llamados á proclamarlo.

Distinciones son estas, que no se han borrado ni se han confundido en una denominación común y que exigen alguna mayor explicación para demostrar la necesidad de la reforma en materia de tanto interés y trascendencia.

Las escuelas y los tratadistas exageraron el que se llamó criterio legal, fundado en la apreciación de las pruebas de antemano tasadas y valoradas por la misma ley. Aun las más restrictas de las Partidas, como la de la apreciación de la prueba testifical, contenían temperamentos y condiciones, cual era la de exigir que los testigos fuesen de buena fama é intachables, que daban al juzgador amplitud bastante de juicio para no caer en injusticia por necesidad de someterse al criterio de la ley. No se podía imputar con razón á aquellas leyes y al criterio que la informó el defecto de medir y tasar las pruebas al extremo de impedir el libre juicio, cuando entre ellas resplandecía con vivísima luz, no extinguida, la que prescribía (1) que «el pleyto criminal había de ser probado abiertamente por testigos, o por cartas, o por conocencia del acusado, e non por sospechas solamente. Ca derecha cosa es, que el pleyto movido contra la persona del ome, o contra su fama que sea probado e averiguado por pruebas claras como la luz, en que non venga ninguna dubda». Este fué el criterio dominante en nuestras leyes y observado por nuestros Tribunales, puede decirse que hasta nuestros días. Al fin era un sistema, un criterio lógico, un principio aplicado y mantenido con rigor y consecuencia. Peor que ésto es carecer de sistema ó no acertar á expresarlo sin inconsecuencias ni contradicciones.

En poco tiempo, en contados años, en nuestros días, puede decirse, hemos vacilado entre principios contradictorios ó no hemos logrado el éxito en la expresión de su concepto y de sus fórmulas.

---

(1) Ley 12, tít. 14, Partida 3.ª

En la ley provisional que se dictó para la aplicación del Código penal reformado de 1850, después de prescribir que se fundasen las sentencias de los Jueces y Tribunales en los juicios criminales, se estableció aquella poco afortunada regla, tan justamente censurada, según la cual, en el caso de que, examinadas las pruebas y graduado su valor, adquiriesen los Tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontrasen la evidencia moral exigida por la antes citada ley de Partidas, impusieran en su grado mínimo la pena señalada en el Código; con lo cual, ni la ley, ni la razón, ni la conciencia, podían quedar satisfechas, si, en efecto, en la convicción del Tribunal se distinguían escalas y grados como los establecidos para las penas.

No podía subsistir semejante criterio, si criterio puede llamarse la carencia absoluta del mismo.

La ley provisional de 1870 sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales, definió y estableció abiertamente el principio del criterio racional, declarando que los Tribunales y Jueces aplicaran las penas señaladas en el Código cuando resultase probada la delincuencia por cualquiera de los medios prescritos por las leyes, apreciados por las reglas del criterio racional, y aun sobre indicios, con las condiciones que determinó.

A poco tiempo, en 1872, se modificó el sistema; y la ley provisional de Enjuiciamiento criminal estableció, por primera vez, que el Tribunal fallase apreciando las pruebas, según su conciencia. La Compilación general de 1879 restableció el sistema de la ley de 1870 y dispuso que los Tribunales aplicasen las penas del Código cuando la delincuencia resultase probada por cualquiera de los medios expresados en la ley. En fin, la vigente ha vuelto al concepto y expresión de la apreciación de las pruebas, según la conciencia del Tribunal.

No son iguales uno y otro concepto: y cuando las leyes han usado de uno ó de otro, han querido distinguir sin duda con-

ceptos diferentes y los han formulado justamente con expresiones distintas. Siempre se exige para condenar aquella convicción firme fundada en pruebas claras como la luz, que la ley de Partidas tan sabiamente definía. Pero como no basta la convicción íntima ni puede terminar con ella el proceso del juicio, sino que es necesario manifestarla y fundarla en los juicios por Tribunales de derecho, mientras que en los juicios por Jurados es suficiente y propio afirmarla ó negarla, sin otro aditamento, no pueden ser iguales los conceptos jurídicos ni su manera de expresión en unos y en otros casos. De aquí que parezca más propio declarar que los Tribunales aprecien los hechos y las pruebas por su recto y fundado criterio y los Jurados según su conciencia no más.

La sentencia del Tribunal de derecho ha de ser fundada. No es fundamento la mera afirmación ó negación, ni la sola expresión de que tales hechos resultan probados, á juicio del Tribunal. El fundamentar la sentencia exige razonamiento y demostración expresando las pruebas en que la convicción se apoya. Sin esto no se dice nada; el criterio queda reservado y se pretende satisfacer con una vana fórmula la exigencia ineludible del fundamento del juicio. Intolerable sería que en el juicio público lo único que realmente no resultase público fuese el juicio, y que mientras se ha dado á la publicidad hasta la exposición de escenas y pasiones repulsivas, quedase secreta solamente la conciencia del juzgador en la apreciación de aquel conjunto de hechos, de pruebas y de razones, que resuelve en su sentencia. Hay que completar el cuadro: la conciencia del Juez ha de ser revelada á la conciencia de los demás; hoy, por el razonamiento de la sentencia al apreciar las pruebas; mañana ó muy pronto quizá por el voto y el razonamiento públicos.

¿Ni cómo confundir el distinto carácter de las funciones de Jueces y de Jurados en la apreciación y declaración de los hechos, según pueden hacerlo en las diversas clases de juicios? El Jurado afirma ó niega por su conciencia; no explica ni pue-

de permitírsele que explique su voto, y lo da bajo la más absoluta irresponsabilidad, si en conciencia lo ha emitido y sin complicación alguna con hechos que pudieran comprometerle. El Tribunal de derecho es responsable de su voto y la ley no ha podido declarar otra cosa, al prescribir que falle según su conciencia, porque sería tanto como infringir abiertamente la Ley fundamental del Estado. No se juzga de la facilidad ó dificultad de exigir esa responsabilidad; lo que se afirma es que la responsabilidad existe y que no ha podido desaparecer en un artículo de la ley procesal, cuyo sentido no puede ser otro que el de la mayor y más eficaz garantía de los derechos y deberes constitucionales.

Esta cuestión que acabo de examinar tiene íntimo enlace con otra en que las opiniones están muy divididas. Me refiero á la oralidad de los juicios y á la imposibilidad que para muchos, los más quizá, existe de concordar la oralidad con la expresión escrita de las pruebas en las actas de los juicios, ni siquiera con lo que se estime más interesante y digno de ser consignado.

Para los que así opinan, juicio oral y expresión escrita de cualquier dato de las pruebas, son términos incompatibles é irreconciliables; y siendo, como son, indudables las ventajas del juicio oral, á ellas hay que sacrificar las que de la expresión de su resultado por escrito pudieran obtenerse.

No comprendo esa incompatibilidad. Será difícil, costoso y expuesto, como todo lo humano, á error ó deficiencias; pero no puede tenerse por imposible que sin perjuicio ni menoscabo de la oralidad se consignen en las actas los datos interesantes de la prueba, que hayan de servir de fundamento á la deliberación y en caso á la posibilidad y legitimidad de recursos ulteriores.

Desde luego, á pesar de las exageraciones, tan perjudiciales la justicia, defendidas y propaladas por muchos, de que el mario no sirve para nada y debe considerarse como nulo é existente después de las pruebas del juicio, la razón y el

interés público demandan que no se niegue al sumario, base de todo el proceso, su verdadera importancia.

Si las pruebas del juicio lo confirman, poco ó nada habrá que escribir en las actas; si lo modifican, y más aun, si lo destruyen ó anulan, los medios por los cuales se haya venido á tal resultado deben hacerse constar, por interés de la justicia, en muy principal término. En ese sumario se ha fundado un procesamiento; y ¿no interesa saber y hacer constar en qué consistió la equivocación, si al fin ha de decretarse la absolución del procesado? Cierto que las declaraciones de los testigos en el sumario no valen ni pueden valer lo que valgan las declaraciones de esos mismos testigos en el juicio. Pero ¿no es posible la confabulación? ¿ha de confiarse el éxito de la justicia á la buena fe de los interesados en ocultar ó en desfigurar la verdad? Por otra parte; la formalidad exige, que, cuando el testigo declare cosa distinta ó tal vez contraria en el juicio á la que declaró en el sumario, la perspicaz atención del Tribunal se fije en procurar el esclarecimiento de la verdad, hasta saber y hacer constar si la contradicción se explica por conceptos y frases mal dichos ó mal expresados en el sumario, que en el juicio público se aclaran á perfecta satisfacción de la conciencia, ó si depende de una contradicción manifiesta é intencionada del testigo, contradicción de que á veces dan éstos ejemplo en los juicios mismos, pidiendo declarar y declarando un día lo contrario de lo que afirmaron en el anterior; ó si en todo ello no ha habido más que abuso ó descuido, harto censurables, caso de existir, de los que recogieron, redactaron y autorizaron torpemente la declaración del sumario. Dejar todo esto, después de tanta publicidad, en el secreto, será muy respetuoso á la oralidad; pero no podrá tenerse por favorable á la formalidad del juicio.

Otra razón más poderosa obliga á procurar la concordancia de esas condiciones, hoy al parecer contradictorias. Dando al viento todas las pruebas que han de servir de base á la sentencia, y no resultando escrito más que el sumario, sin saber

si se confirmaron ó se rectificaron ó se anularon sus datos en el juicio, ¿qué queda de la facultad de inspección que á los superiores atribuyen las leyes sobre los procesos fenecidos? ¿qué de la propia responsabilidad de los Jueces y Magistrados?

Tan necesaria y conveniente es la inspección, que ya se ha intentado darle amplitudes y formas de mayor importancia que las que hoy tiene. Mas sin pensar en lo que podrá disponerse mañana, entendiendo por mi parte que lo esencial es mantener la posibilidad de la inspección según está hoy prescrita en nuestras leyes, conforme con lo que en muchas anteriores se había dispuesto ya, importa consignar y declarar que esa inspección es inútil ó irrisoria con el sistema adoptado de no consignar en las actas de los juicios nada; ni siquiera lo que á la verdad de las mismas pueda interesar. Las prescripciones de las leyes que autorizan esa inspección y que, al par que un derecho constituyen un deber de los funcionarios de la Magistratura y del Ministerio fiscal á quienes está encomendada, han sido indirecta pero eficacísimamente derogadas por el sistema que prohibe dejar rastro ni señal de las pruebas practicadas en los juicios orales.

Y en cuanto á la responsabilidad, ¿qué responsabilidad cabe exigir por una sentencia que se dice basada en pruebas que han desaparecido? Sería una verdadera temeridad intentar siquiera averiguarla.

No sólo esas leyes, la Constitución de la Monarquía aparece débilmente respetada con tal sistema, puesto que por un lado se revoca aquella potestad suprema de cuidar que la justicia se administre pronta y cumplidamente, que por la inspección, entre otros medios, podría y debería ejercerse; mientras que, por otro, se impide averiguar ni exigir la responsabilidad que la Constitución impone, á la vez que garantiza su independen-
á los que ejercen la potestad exclusiva de aplicar las leyes los juicios civiles y criminales.

Y es que esas exageraciones de sistemas pasan y logran oridad de leyes; porque, en nuestros tiempos, por imposi-

ble que parezca, se ofrecen más casos de subrepción de los que pudieran sospecharse. Subrepticios y nulos declaraban las Partidas aquellos privilegios, títulos ó gracias que se obtuvieran ocultando algún hecho ó circunstancia que, si se dijera, impediría su consecución. Dudo mucho que, propuesto derecha y abiertamente el caso, se aprobase ni sancionase ninguna ley declarando la irresponsabilidad de los Jueces y Magistrados ó haciendo absolutamente ineficaz la facultad de los superiores de examinar, ya fenecidos, los juicios sentenciados por sus inferiores.

Y puesto que en varias ocasiones, al desarrollar mi pensamiento sobre las reformas que parecen más indicadas en la ley de procedimientos, en los juicios criminales, he tenido que aludir, invocando su respeto, al principio de la responsabilidad judicial, no terminaría yo, en conciencia, mi tarea si no hiciese desde este sitial y en tan solemne ocasión el elogio que nuestra dignísima Magistratura merece.

He hablado de responsabilidad, manteniendo un principio y contando, al referirme al precepto legal, con la rarísima aplicación que por fortuna ha de reclamar la práctica. Pero ese mismo estado de derecho necesita inmediata reforma. Nuestras leyes vigentes no bastan á satisfacer esa necesidad jurídica ni esa exigencia de la opinión. A ninguna conciencia recta infunde recelo ni temor la idea de la responsabilidad; y es seguro que, en todo caso, nuestros dignísimos Jueces y Magistrados están dispuestos á dar razón de sus actos. Ellos son—interpreto fielmente sus sentimientos—los primeros á pedir que se dicte ley de responsabilidad que, bien meditada, sirva de garantía á los ciudadanos al propio tiempo que de amparo y resguardo de las sagradas y difíciles funciones de la justicia.

No todos entenderán de igual manera esta delicadísima cuestión. Para resolverla acertadamente deberán tomarse en cuenta las disposiciones hoy vigentes dictadas en cumplimiento de la ley constitucional. Armonizarlas, darles el desarrollo y aplicaciones convenientes y concordarlas con otras sobre in-

pección y corrección disciplinaria, más eficaces en la práctica y más útiles que las de responsabilidad, rara vez necesarias, parece que debe ser el objeto que la reforma se proponga, sin descuidar la enérgica defensa y la decidida protección que las funciones judiciales deben obtener constantemente de los poderes públicos.

En todo tiempo ha sido delicado y penoso el ejercicio de la autoridad judicial: en los presentes, basta que sea autoridad para que de muchos lados se la combata y se trate de debilitarla. Por otra parte, el litigante, mientras más temerario sea, menos se convencerá de la justicia de su condena, que le será muy cómodo atribuir á malicia ó ignorancia de los que juzgaron sus infundadas pretensiones; y menos podrá esperarse que reconozcan siempre la justicia de su castigo los que infringieron la ley penal. Abrir la puerta á tales desesperaciones equivaldría á negar la razón de los justos para darla á los desgraciados que contra ella batallaron.

Otras reformas solicitan con mayor apremio la atención de los que pueden promoverlas. Desde este sitio, sólo puedo ofreceros el programa de mi conducta, que no ha de ser otro que el del cumplimiento de mi deber.

De tal considero el de depurar, por la inspección de juicios fenecidos, con carácter de generalidad y sin mira particular sobre caso determinado, si las circunstancias no exigieren otra cosa, las incorrecciones ó deficencias que tal vez existan y que sólo por acertadas reformas de la ley puedan tener enmienda en lo porvenir. El conocer los hechos es preparación necesaria para formular opiniones, y el ofrecer los datos averiguados, aunque para conseguirlo se necesite ímproba tarea, homenaje debido al juicio de los demás. Me propongo desempeñar este trabajo en el año judicial que se inaugura, con referencia á cualquiera de los años pasados, cuya estadística sea conocida y cuyos datos convenga depurar con detenido examen para su más justa apreciación.

Deber mío considero también cooperar, por todos los me-

dios posibles, dentro de mis facultades, á las reformas que nuestro actual estado exige, principalmente á las tantas veces intentada y de todo punto necesaria, del Código penal, á la de las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal, y, como adjunta á todas ó á cualquiera de ellas, á la de la organización de nuestros Tribunales.

Los tiempos no son, en verdad, muy favorables á la realización de reformas que exijan algún aumento en los gastos públicos. Sin pensar en optimismos ni en imposibles, tal vez sea factible obtener la necesaria mejora, con sólo una más acertada distribución de los servicios y de los recursos para dotarlos.

De todas suertes, siempre se ha contado y podrá contarse en lo porvenir con vuestros sacrificios. Los cargos de la justicia han tenido, de antiguo, entre nosotros, por principal recompensa la satisfacción interior de los encargados de su desempeño. La modestia es como condición necesaria de la vida del Magistrado.

No lo olvidaron ni lo olvidarán jamás los dignísimos Jueces, Magistrados y Fiscales que en nuestros días prosiguen la gloriosa tradición de nuestra Administración de justicia, ni los no menos dignos funcionarios y auxiliares que cooperan á su realización.

Por vuestro pasado mereceis tan justo elogio; y por vuestra conducta la confianza del interés social de que sois celosos guardianes y fieles y decididos mantenedores.—He dicho.

SANTOS DE ISASA Y VALSECA.

NOTA.—A continuación del discurso se publican como Apéndice ocho estados con los resúmenes de los asuntos civiles y criminales despachados por el Tribunal Supremo, las Audiencias territoriales y de lo criminal y los Juzgados de primera instancia y municipales de la Península é islas adyacentes durante el año judicial, y el de la población penal que en el mes de Julio último existía sufriendo condena, haciendo en el último el siguiente

RESUMEN GENERAL

DE LOS

ASUNTOS JUDICIALES SEGÚN SU CLASE Y SEGÚN LOS TRIBUNALES EN QUE TERMINARON

TRIBUNALES EN QUE TERMINARON	Asuntos civiles.	Asuntos criminales.	TOTAL GENERAL
Tribunal Supremo	757	1.698	2.455
Audiencias territoriales	3.093	27.277	30.370
Audiencias provinciales	»	41.428	41.428
Juzgados de primera instancia	38.681	94.666	133.347
Juzgados municipales	152.705	77.428	230.133
TOTALES	195.236	242.497	437.733

Madrid 14 de Septiembre de 1896.—*El Subsecretario,* ANTONIO GARCÍA ALIX.

DEL DERECHO PENAL REPRESIVO AL PREVENTIVO

(Ojeada de conjunto sobre la situación actual del derecho penal.)

I

Suelen decir los historiadores, y en general todos los tratadistas de materias penales, que la transformación de mayor monta operada en el curso del tiempo en este orden, la más trascendental, fué la que la ciencia y la práctica del derecho penal experimentaron en el último tercio del siglo XVIII por influjo de las ideas dominantes á la sazón. Beccaria y la Revolución francesa señalaban para ellos el límite entre lo que consideraban como el derecho penal *antiguo* y el derecho penal *moderno*, bárbaro é inhumano el uno, racional y humanitario el otro. A partir del libro *Dei delitti e delle pene* y del Código penal de 1791, ya se puede decir que entramos en un nuevo mundo; el orden jurídico-penal que ahora se implanta súbitamente lo estiman como perfectamente *otro* y *antitético* de aquél que vino á reemplazar.

Yo, sin embargo, pienso que el cambio fué bastante menos radical de lo que suele creerse. La labor de los revolucionarios tuvo un carácter principalmente sentimental: fué la protesta de la dignidad humana contra las crueldades y atroces refinamientos penales que la desconocían y escarnecían (hoguera, rueda, enterramiento en vida, *culleum*, descuartizamiento, mutilaciones, marcas, muerte civil, picota, azotes, emplumamiento, tormento, etc., etc.); la lucha violenta por la afirma-

ción de la personalidad individual, con propio valor como tal, frente al absorbente é ilimitado poder del soberano, encarnación entonces del Estado; la reclamación, en nombre de la clemencia y la humanidad principalmente, aunque también en nombre de la justicia (1), de la reducción de las penas al mínimo indispensable para tener á raya á los coasociados é impedir que se estorbaran mutuamente y lesionaran unos los derechos de los otros. En este particular se debe muchísimo (2) á los esfuerzos y predicaciones de los novadores. Ellos consiguieron desterrar infinidad de abusos que antes se cometían á la sombra del socorrido principio de la *salus populi (lettres de cachet*, delitos de lesa majestad divina y humana, etc.); ellos hicieron que todas las penas «bárbaras» hasta entonces usadas, las penas «incompatibles con la dignidad y con los derechos inviolables del individuo» (muerte en formas crueles, penas infamantes, penas corporales, confiscación y otras varias), así como las «incompatibles con el progreso de

---

(1) En cuanto el Estado, creación de los individuos, producto del pacto, sólo tiene *derecho* á imponer la pena *absolutamente necesaria* para la conservación del orden y de la armonía entre aquéllos, no una pena mayor (V. Beccaria, *Dei delitti é delle pene*, § II.)

(2) No todo tampoco, pues antes que las doctrinas de Beccaria y sus continuadores se tradujeran en leyes, y aun antes que tales doctrinas hubiesen hecho su aparición en libros y folletos, ya estaba bastante adelantado en las costumbres el movimiento de dulcificación de las penas; ya la opinión pública no toleraba la aplicación de muchas de éstas, consentidas y decretadas por las leyes, y había obligado á los Tribunales á hacer uso del arbitrio que les correspondía de derecho en el sentido de la benignidad. Así, mucho antes que el tormento y ciertas formas durísimas de penalidad fueran legalmente abolidas, lo habían sido ya en la práctica por los Tribunales, quienes no las aplicaban. Pero ese movimiento, sólo iniciado en el período anterior á Beccaria y la Revolución francesa, adquirió una velocidad enorme y se propagó por todas partes merced al impulso que le dieron estos dos factores, que en realidad bien pueden reducirse á uno mismo, ya que el espíritu y la inspiración de ambos son idénticos: la consagración de la personalidad del hombre, anterior y superior á la del Estado.

los tiempos», fueran enteramente abolidas; á ellos somos deudores de la proscripción absoluta ó casi absoluta (1) del arbitrio judicial, proscripción que se estima como el más firme escudo de las libertades individuales; ellos lograron sustituir el «antiguo» y «odioso» procedimiento inquisitivo, «propio de pueblos oprimidos y esclavos», por el procedimiento acusatorio, «patrimonio de los pueblos en que es realmente respetada la personalidad del individuo»; ellos alcanzaron, no sólo el respeto á la declaración teórica de todos estos principios, sino, lo que es mucho más importante, el afianzamiento de los mis-

---

(1) En los primeros tiempos de la reacción humanitario-individualista, muy cercanos aún los de los abusos y atropellos autoritarios de que se quería huir, se negó en redondo á los jueces toda libertad para interpretar y aplicar las leyes; tal libertad se estimaba como un peligro para el ciudadano, y esto era justamente lo que se quería evitar. Por lo cual, Beccaria no otorgaba á los tribunales facultad alguna interpretativa, por mínima que fuese, sino que reducía su función á aplicar seca y mecánicamente los preceptos legislativos; y en el Código penal revolucionario de 1791 se fijaba de un modo categórico é invariable la cualidad y la cuantía de pena que había de imponerse á cada delito, sin que el Tribunal pudiera permitirse hacer ninguna alteración. Como los resultados de este riguroso sistema fueron contraproducentes, hubo necesidad de ceder un poco en él, y entonces, á la vez que se concedió facultad á los Tribunales para interpretar las leyes, siempre que la interpretación redundara en beneficio del reo, del individuo, la única preocupación del tiempo, no cuando pudiera perjudicarle (por eso pedían los jueces interpretar la ley *restrictivamente*, jamás—á no ser en provecho del reo—*extensivamente*), se les dieron atribuciones para fijar libremente la pena adecuada á cada delito en vista de las circunstancias y particularidades que le rodearan, pero siempre *dentro de un máximo* y *un mínimo señalados por la ley*. Este último sistema es el que han seguido todos los Códigos penales que, tomando por modelo al francés de 1810, se han publicado en los diferentes países en el presente siglo, y el que siguen la gran mayoría (los hay que ya se separan de él en el sentido de dar más amplitud á los jueces, que es lo que pasa con el Código holandés de 1881) de los que hoy se hallan vigentes. Algo análogo á lo que sucedió con la interpretación de la ley sucedió con la prerrogativa del indulto, abolida totalmente primero y restablecida después.

mos en las constituciones (1) y en las leyes (2), para que bajo ningún pretexto se pudieran desconocer ni violentar; ellos fueron, en suma, quienes recabaron lo que hoy se viene considerando como «conquistas preciosas, intangibles y definitivas» para la libertad del individuo y los axiomas sobre que se levanta, como sobre sus cimientos, el edificio del derecho penal llamado «clásico», ó sea del que durante este siglo ha dominado y domina aún (3).

Todo esto, sin embargo, dejó en realidad intacto el sistema, el organismo interno del derecho penal. La diferencia consistió únicamente en que en vez de colocarse, para castigar, en el punto de vista exclusivo del interés social, como antes había venido sucediendo, se prefirió el punto de vista del interés individual (del reo); en lugar de inclinar la balanza de un lado, se empezó á inclinar del otro. *Pero la balanza siguió siendo la misma.* Se adelantó mucho en el camino de dulcificar, de atenuar, de humanizar las penas, pero el sentido de éstas

(1) En las Constituciones de todos los Estados se consignan, ó se han consignado (porque ya algunos no lo hacen así), entre los derechos individuales, entre los derechos de que no puede privar ni puede desconocer el poder público, sino en casos excepcionales señalados por la misma Constitución, la prohibición de procesar ni penar sino por los Tribunales legalmente competentes, con las formas y solemnidades y en el modo taxativamente fijado por la ley (proscripción del arbitrio judicial como garantía constitucional: artículos 4.°, 5.° y 16 de la Constitución de 1876 vigente en España, análogos á los que se hallan en las de otros países), la prohibición de imponer tales ó cuales penas, por ejemplo, la confiscación (Constitución de 1876, art. 10), ó las infamantes (Cód. pen. de 1848, art. 23), ó el tormento (Constitución de 1812, art. 303), la prohibición de avocar á sí el Rey ó las Cortes causas pendientes ó mandar abrir los juicios fenecidos (Constit. de 1812, artículo 243), etc.

(2) En el Código penal y en el de procedimiento criminal especialmente.

(3) El cual derecho penal es esencialmente revolucionario, como hijo directo de la doctrina del pacto rousseauniano y del liberalismo individualista de la teoría de la escuela del derecho natural, juntamente con otros influjos (como el de la Reforma protestante), trajeron consigo, cosa que aparentan ignorar, ó que realmente ignoran muchos.

siguió siendo igual que antes. El sistema antiguo perdió gran parte de su crudeza, mas no se cambió en un sistema *diferente*, siguió siendo *antiguo*. Y es que los dos ejes fundamentales sobre que descansa forzosamente un sistema penal, á saber: la concepción del delito y la concepción de la pena, permanecieron por completo inalterables. Después de Beccaria, como antes, el delito se juzgó ser un acto emanado únicamente de la espontánea voluntad del sujeto, un *fiat* del libre albedrío, el cual es enteramente igual en todos los individuos, porque es el poder absolutamente indeterminado de obrar, inmune de todo constreñimiento y de toda fuerza solicitadora. Después de Beccaria, la pena siguió siendo lo que había sido antes: un medio de venganza (1), de retribución, de retorsión al delincuente del *mal* que con su delito había causado, un *castigo*, en suma, á que se hacía merecedor el que libremente ejecutaba el mal conociendo y pudiendo ejecutar el bien. Y combinándose estas dos concepciones del delito y de la pena, resultaba que lo que había de tomarse en cuenta para la determinación de esta última, era únicamente el delito en sí, como entidad objetiva, ya que el factor personal, la situación del agente, tenía que quedar á un lado, por ser idéntica en todos los sujetos: declarado imputable á su autor un hecho, esto es, comprobado que había sido producto de su libre albedrío, como éste es en todos *igual*, todos los individuos que realizasen un delito ontológicamente (2) idéntico se hacían acreedores á idéntico castigo. He

(1) No ya privada, según había sucedido en los primeros momentos de la vida social, sino pública, ejercitada por el poder como representante de la colectividad; mas no por ser pública dejaba de ser venganza. El tránsito de la pena de venganza privada á venganza pública se ve perfectísimamente estudiando la historia del derecho penal, sobre todo la de aquellos pueblos que nos son más conocidos, la de Roma desde sus orígenes hasta los últimos tiempos del imperio y la de las naciones modernas á partir de las invasiones bárbaras.

(2) Carrara era muy dado al empleo de esta palabra; por eso llamaba á su teoría la teoría *ontológica*.

aquí por qué en toda la dirección penal llamada «clásica» (1), lo propio después que antes de Beccaria y la Revolución francesa, singularmente después, los esfuerzos de los escritores se han dirigido exclusivamente á determinar la *gravedad objetiva* de cada delito ó de cada hecho de participación en el delito (tentativa, delito frustrado, consumado, codelincuencia, participación por complicidad, por asistencia necesaria y por asistencia no necesaria, cooperación para el delito en otras mil formas, orden de delinquir, mandato de delinquir, consejo para delinquir, sociedad para delinquir, encubrimiento y receptación, formas de delincuencia por omisión, imprudencia, negligencia, imprevisión, impericia, etc., etc.)—en lo que han disipado enorme cantidad de energía para resultados á mi ver mínimos (2),—y á establecer la escala ó escalas de penas correspondientes á los mismos y las reglas que los legisladores y los Jueces deben tener presentes al desempeñar sus respectivas funciones. He aquí también por qué se ha motejado repetidamente á dicha escuela clásica, y no sólo por los declarados adversarios de ella, por los de la escuela antropológica, sino por muchos que sienten hacia la misma bastantes simpatías (3), de

(1) Exceptuando de ella—lo cual no suele hacerse—el correccionalismo, cuya manera de concebir el problema penal es tan diferente de la manera común.

(2) Yo creo que la mayoría de las cuestiones «graves» tratadas por los penalistas en la sección que consagran al estudio del delito en general, son insolubles por estar planteadas desde un punto de vista erróneo, y que precisamente por ser insolubles, es por lo que han dado mil vueltas en derredor de ellas, escribiendo sendos tratados sobre las mismas, embrollándolas y haciéndolas lo que á mi humilde juicio no son, *graves* y *difíciles*, al menos más graves y difíciles que otra cualquiera de las que consideran como fáciles. Por ser insolubles, es por lo que hay respecto de ellas tantas y tan diversas soluciones, sin que pueda decirse que unas sean más acertadas ni más desacertadas realmente que las otras. Sirva de ejemplo la tan manoseada y cada vez más os ıra cuestión de la tentativa de delito, «la madeja mas enredada—dice un ıutor clásico—que hay en el derecho penal».

(3) Tal ocurre con todos aquellos que siguen hoy en materias penales una rección intermedia, representada por la *Unión internacional de derecho penal*,

ser demasiado abstracta, y por lo que se pide una rectificación de su sentido.

---

especialmente por sus fundadores (von Liszt, von Hamel, Prins), por la llamada «escuela crítica» ó «tercera escuela» del derecho penal (Alimena, Carnevale), y por multitud de escritores sueltos (Magri, Conti, Tarde, etc.).—No hace mucho que uno de los que ocupan esta posición decía: «Yo creo que la escuela clásica ha pecado por exceso de abstracción. Para ella, el delincuente no era un hombre viviente y operante, sino un tipo abstracto, concebido por la razón pura fuera de la vida real; para ella, el delito no era una porción de esta vida real, sino una fórmula jurídica inscrita en un código; para ella, la pena no era una defensa proporcionada al ataque, sino un sistema teórico construído por los sabios, los cuales no tenian en cuenta la naturaleza del delincuente; y de este modo toda la ciencia penal estaba contenida en los textos y en los libros» (Prins, *Causerie sur les nouvelles doctrines du droit pénal*, Bruselas, 1896, p. 6). Y hablando de la manera como ahora se administra la justicia penal, añade: «Nuestros Tribunales son impersonales, funcionan como símbolos, lejos de los justiciables á quienes no conocen y los cuales desfilan por delante de ellos como figuras esquemáticas. De manera que el Juez, en la imposibilidad de apreciar al hombre, se limita á aplicar la tarifa del Código» (Id., página 31).

(Continuará.)

PEDRO DORADO.
Profesor en la Universidad de Salamanca.

CUESTIONES ENTRE SOCIOS DE UNA COMPAÑÍA MERCANTIL

I

1. Las disposiciones de toda índole que se dictan en nuestra España relacionadas con la vida mercantil, directa ó indirectamente, suelen adolecer, en su conjunto, de carácter poco práctico. Aparece una ley en la *Gaceta de Madrid*, se fijan reglas y se dictan preceptos más ó menos claros, pero falta la ley adjetiva que determine la manera de aplicarlos. La obra del legislador jamás se presenta completa, porque el precepto sustantivo permanece solo y aislado durante muchos años, faltándole el debido complemento de la disposición adjetiva. Muchas veces aparecen las leyes procesales, los reglamentos y las instrucciones para el cumplimiento de la ley, cuando ya se hace necesaria, por voz unánime de la opinión pública, la reforma de la dicha ley sustantiva.

2. En Agosto de 1885 se publica el Real decreto mandando que el actual Código de Comercio rija en la Península é Islas adyacentes desde 1.º de Enero de 1886, y no se ha logrado desde entonces la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil adecuada á las disposiciones de este nuevo Código, ó la publicación de una ley de Enjuiciamiento mercantil calcada bajo las bases de la Novísima legislación vigente en materia de comercio.

Se publica en Julio de 1878 la ley para la concesión de pa-

tente de invención, y en su art. 53 se anuncia la organización de jurados industriales; han pasado años y más años, y nadie se ha acordado más de estos jurados industriales, adecuados para fallar asuntos de esta índole, que exigen conocimientos técnicos que no pueden tener los encargados de la administración de justicia. Como estos pueden citarse muchísimos casos.

3. Los encargados de interpretar y aplicar la ley se atienen, con verdadero apego al texto vivo de la disposición adjetiva, á la letra del Reglamento; al precepto concreto que resuelve el caso por identidad ó analogía. Con la premura con que se despachan los asuntos, especialmente los de índole mercantil, se desea siempre hallar una disposición que ayude á salir del paso; siendo más fácil resolver en presencia de un artículo concreto que remontarse á la esfera de los principios, estudiar prácticas, usos y costumbres, y buscar doctrina para distinguir entre casos y casos, y muchas veces sucede que el artículo concreto de la ley procesal no es adecuado ni aplicable.

Harto sabemos los que llevamos largos años en el ejercicio de la carrera, la gran afición que tienen los Tribunales á ceñirse á las leyes de procedimiento y la gran extensión que dan á las reglas en ellas contenidas y el relativo desvío en que tienen á los preceptos de carácter sustantivos, y sobre todo á los usos, costumbres y marcadamente á la doctrina de los autores.

Por lo que respecta á la jurisprudencia suele tener mejor acogimiento, y tanto las sentencias del Tribunal Supremo de justicia como las decisiones del Consejo de Estado, del Tribunal Contencioso-administrativo y las Resoluciones de las Direcciones generales, son invocadas precisamente porque se refieren á casos concretos.

4. Siendo esto así, calcule el lector si se cometerán errores é injusticias cuando la ley procesal no esté calcada en los preceptos de la ley sustantiva ó haya entre ambas disparidades, ninguna relación ó desacuerdo. Algo de esto acontece hoy con el Código de Comercio de 1885 y la ley de Enjuiciamiento civil que principió á regir en 1.° de Abril de 1881, y que, por lo

tanto, se dictó bajo las bases de la legislación mercantil vigente en aquella fecha.

Grandes son las dificultades con que se tropieza al aplicar las leyes cuando existen tales desarmonías y desacuerdos, resultando disparidad de criterios en los Tribunales y entre las distintas entidades y personas encargadas de conocer, interpretar y cumplir la ley. En asuntos mercantiles hay muchas divergencias de opinión que producen la inseguridad en los fallos, lo que ahuyenta á los hombres de negocios de los Tribunales á quienes miran con recelo, siendo así que en ellos debieran ver su mayor amparo y garantía. Así, en poblaciones donde hay varios Juzgados, se han notado distintos criterios entre ellos, sobre todo en materia de suspensiones de pagos y de quiebras, pues hay Juez que considera las disposiciones del antiguo Código de Comercio y leyes adicionales como supletorias del vigente, en especial, por lo que respecta al procedimiento; en cambio, otros Juzgados entienden que el antiguo Código de Comercio está completamente derogado y que hay que atenerse, pura y exclusivamente, en cuanto se refiere á la tramitación, á lo que prescribe la ley de Enjuiciamiento civil.

La dificultad sube de punto con respecto á los que sustentan esta última opinión, cuando se encuentran con preceptos de la ley procesal civil que hacen referencia directa al antiguo Código de Comercio, relacionando y encadenando íntimamente las disposiciones de ambos Cuerpos legales (1), y haciendo á las unas complementarias ó supletorias de las otras. En punto á las cuestiones ó diferencias entre socios de una Compañía mercantil, se nota muy especialmente la deficiencia de las leyes de procedimiento y la necesidad de ponerlas en armonía con las del Código de Comercio.

---

1) Véanse los artículos 1319, 1324 á 1327, 1329, 1330, 1332, 1333, 1334, 1335, 1342, 1346, 1350, 1355, 1358, 1359, 1364, 1368, 1370, 1371, 1375, 1378, 1380, 1382, 1388, 1389, 1392, 1395, 1396 y otros de la vigente ley de Enjuiciamiento

II

5. Tienen las cuestiones entre socios de una Compañía mercantil mucha importancia y gravedad en el orden económico y en el orden jurídico. Con la desavenencia entre personas que juntan sus nombres, sus aptitudes, su experiencia en los negocios, sus relaciones personales y sus bienes; que amalgaman y confunden sus elementos morales y materiales para dar vida á un nuevo ser mercantil y más amplios desarrollos al negocio, se perturba la marcha social, se pierde la fuerza moral ante los dependientes y subalternos, desmerece la confianza ante la clientela, y quedan altamente comprometidos los intereses de los asociados y de las personas que dispensan crédito á la casa. Es por esto que los legisladores han procurado evitar tales divergencias con preceptos saludables; y conocedores de la naturaleza humana y convencidos por ello de que en mayor ó menor escala se han de presentar casos en que el conflicto aparezca y surja la desunión y la discordia entre los socios de una Compañía mercantil, han dictado medidas prudentes para atenuar la gravedad del mal, procurando que las cuestiones se resuelvan pronto, que la tirantez de relaciones dure lo menos posible y que las consecuencias transciendan en la más reducida esfera y en los límites más constreñidos.

6. El antiguo Código de Comercio de España, sancionado en Mayo de 1829, disponía en su art. 286 que toda escritura de constitución de Sociedad debía expresar necesariamente la *sumisión á juicio de árbitros en caso de diferencias entre los socios, expresándose el modo de nombrarlos*, y en la Sección 2.ª, del título 2.º, del libro 2.º aparecen preceptos bastante concretos encaminados á determinar las obligaciones mutuas entre los socios, y se indica el modo de resolver sus cuestiones (1). Los artículos 323 y siguientes disponen que toda diferencia entre

(1) Artículos 299 y siguientes del antiguo Código de Comercio.

los socios se decidirá por Jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de Sociedad. Las partes interesadas les nombrarán en el término que se haya prefijado en la escritura, y en su defecto en el que les señale el Tribunal que conozca de las causas mercantiles en aquel territorio. No haciendo el nombramiento dentro del término señalado y sin necesidad de prórroga alguna, se hará de oficio por la Autoridad judicial en las personas que á su juicio sean peritas é imparciales para entender en el negocio que se dispute (1). Los Jueces árbitros debían proceder con arreglo á lo que prescribía el art. 1219 del antiguo Código de Comercio sobre el orden de enjuiciar en las causas de esta índole (2). Este, á su vez, disponía que en cuanto al orden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos é instancias que tienen lugar en las causas de comercio, debía estarse á lo que prescribía el Código de Enjuiciamiento, rigiendo entre tanto una ley provisional que se prometió promulgar sobre esta materia (3).

No tardó, en efecto, en promulgarse la ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, que se decretó y sancionó en 24 de Julio de 1830, cuyos artículos 252 y siguientes tratan del juicio arbitral, hallándose entre ellos el 255, que declara *forzado el compromiso para dirimir las diferencias entre socios, según las disposiciones de los artículos 323 y 445 del Código de Comercio* (4).

III

7. Pocas dificultades suscitábanse cuando regía el antiguo Código de Comercio, por lo que al procedimiento atañe, en la materia de que nos estamos ocupando. La ley fijaba los térmi-

(1) Art. 324 y siguientes del antiguo Código de Comercio.
(2) Art. 325 de id.
(3) Art. 1219 de id.
(4) Art. 255 de la antigua ley de Enjuiciamiento mercantil.

nos de la escritura de compromiso, lo que debía hacerse cuando no se hubiese nombrado tercero para dirimir la discordia de los árbitros, cuando se hubiere omitido el plazo para dar sentencia, y caso por caso, preve el legislador lo que puede suceder y dejar de suceder por malicia ó incuria de los hombres, saliendo al paso á todos los entorpecimientos (1). Publícase la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, y en sus artículos 770 y siguientes ya no aparece el precepto de que todas las diferencias entre los socios se resolverán por árbitros, ni que deban someterse á la decisión de amigables componedores (2). A pesar de ello, los socios de una Compañía mercantil, en sus mutuas cuestiones y disparidades de criterio y de conducta, como que desde un principio, cumpliendo con el precepto del Código de Comercio, habían establecido que las resolverían por medio de árbitros, se atenían á lo que pactaron en la escritura de constitución de Sociedad, y cuando uno de los socios se mostraba reacio ó se desviaba de la línea de conducta trazada en el pacto fundamental de la compañía, se acudía á los Tribunales rarísimas veces, y éstos obligaban á cumplir lo estipulado y suplían las deficiencias en lo que respecta á la actitud legal que á cada socio correspondiera observar.

Las dificultades nacieron, y las tocamos cada día desde la publicación del vigente Código de Comercio.

8. Deja éste en completa libertad á las personas que constituyen una Sociedad mercantil para que acuerden la manera de resolver sus diferencias como tengan por conveniente, y en la práctica, durante mucho tiempo, los Notarios y los Letrados han tenido buen cuidado de consignar en las escrituras de constitución de Compañías, que toda duda, cuestión ó diferencia surgidas, tanto por la interpretación como por el cumplimiento del contrato social, será resuelta por amigables componedores; ahí de paso hemos de hacer notar que por algunos se

(1) Artículos 261 á 304 de la antigua ley de Enjuiciamiento mercantil.

(2) V. artículos 770 á 836 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil.

usaba, y usa, todavía, la frase *árbitros*, *arbitradores* ó *amigables componedores*, y no faltan Notarios que aun hoy la emplean, introduciendo una confusión lamentable y produciendo las más extraordinarias perturbaciones, porque son completamente distintas la naturaleza, las atribuciones y el carácter de unos y de otros, así como también son diferentes el procedimiento para fallar y decidir las cuestiones que le están sometidas y las resoluciones ó fallos que dictaren.

Los árbitros han de fallar conforme á derecho (1) mientras que los amigables componedores deciden las cuestiones sometidas á su fallo sin sujeción á formas legales y según su leal saber y entender (2).

9. En la práctica se presentan constantemente dificultades que podemos estudiar, teniendo presentes tres casos que comprenden varias cuestiones bajo tres aspectos ó situaciones generales, á saber:

A. Cuando en la escritura social se hubiese pactado que las cuestiones entre los socios se someterán á la decisión de amigables componedores.

B. Cuando no se hubiese hecho indicación ninguna acerca del modo de resolver las cuestiones entre los socios.

C. Cuando la actitud de un socio perturba la marcha social é introduce un estado anómalo, ya comprometiendo los intereses sociales, ya de otro modo, siendo indispensable la intervención judicial para restablecer el orden alterado.

IV

10. Cuando en la escritura social se hubiese pactado que las cuestiones entre los socios se resolverán por amigables componedores, así que se inicie la cuestión hay que proceder á la firma de la escritura de compromiso para el nombramiento de

(1) Art. 816 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Art. 838 de id.

los amigables componedores, indicación de la cuestión que han de resolver y término dentro del cual han de dictar el laudo; pero en la práctica ocurre con mucha frecuencia que así que se presenta el conflicto entre dos ó más socios, mientras uno de ellos está dispuesto á hacer la designación del amigable componedor y á firmar la escritura de compromiso, los demás se resisten á ello ó permanecen en una actitud pasiva, siendo necesario compelirles y apremiarles para que lo verifiquen. En este caso hay que recurrir á lo que tiene prevenido el art. 2177 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea hay que llegar al nombramiento de la amigable composición en el mismo modo y forma que para el nombramiento de árbitros (1), esto es, cualquiera de los interesados podrá pedir se señale un término prudencial para que tenga lugar, y transcurrido el término señalado sin verificar el nombramiento, el Juez lo hará de oficio en las personas que, según su concepto, sean peritas é imparciales para entender en el negocio que se dispute; y si los interesados no se pusieren de acuerdo para el nombramiento para la designación de los amigables componedores, podrá cualquiera de ellos acudir al Juez en solicitud de que les nombre. Presentado el escrito en que se pida el nombramiento, el Juez señalará un término que no exceda de diez días para que los interesados lo hagan por sí, y transcurrido sin haberlo hecho, el Juez hará el nombramiento. Nada más dice la ley de Enjuiciamiento sobre este punto, y ninguna otra facultad concede la ley á los Tribunales que la de hacer el nombramiento á falta de los interesados; mas como la escritura de compromiso ha de contener precisamente, bajo pena de nulidad, las circunstancias expresadas en los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 8.º del art. 793 de la ley de Enjuiciamiento civil (2), ó sea nombre, profesión y domicilios de los otorgantes; nombres, profesión y domicilios de los amigables componedores;

(1) Art. 2175 y siguiente de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Art. 828 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil.

el negocio que se somete al laudo de los componedores, con expresión de sus circunstancias, el plazo dentro del cual haya de pronunciarse el laudo y la fecha en que se otorgue el compromiso (2), resulta que designadas las personas que han de desempeñar el cargo de amigables componedores, queda todavía por precisar los *términos concretos de la duda, ó sea del negocio que se somete al laudo* de los amigables componedores y el *plazo dentro del cual ha de pronunciarse*, lo cual es motivo de nuevas cuestiones que dan pie á incidentes dentro del mismo expediente de jurisdicción voluntaria, ó bien á cuestiones separadas y ajenas al expediente por que los Juzgados entienden con arreglo al texto claro y terminante de los artículos 2175 y siguientes de la ley Procesal civil, que el expediente no tiene otro objeto ni los Tribunales otras facultades que la de hacer el nombramiento y designación de las personas que han de desempeñar las funciones de amigables componedores. Con lo cual se deja abierto el camino á un juicio declarativo, largo y costoso, durante cuya tramitación los socios disidentes y perturbadores inventan cuestiones incidentales, promueven artículos de previo pronunciamiento y llega el laudo ó resolución, como suele decirse, tarde, mal y nunca. De manera, que habiendo querido el legislador evitar que las diferencias entre socios fuesen resueltas por los Tribunales, en la práctica acontece que por falta de una regulación y reglamentación detallada, son innumerables los expedientes y los pleitos que de tales cuestiones nacen. Comienza el expediente de jurisdicción voluntaria promovido por una de las partes, y formula oposición otra de ellas, y el expediente se convierte en contencioso con arreglo á lo dispuesto en el art. 1817 de la ley de Enjuiciamiento civil; surgen declarativos y dentro de ellos surgen incidentes, y ya en este estado las cosas, ninguna falta hace el laudo de los amigables componedores, que precisamente tenía por objeto evitar el procedimiento judicial.

(1) Art. 798 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil.

Mayores son las dificultades cuando los Notarios, muchos de ellos rutinarios y esclavos de cualquier obra de formularios, buena ó mala, que toman por patrón y modelo, ponen, como he visto en muchísimas escrituras de constitución de sociedad, que las cuestiones se resolverán por *arbitros arbitradores* y *amigables componedores*, porque entonces los socios que desean la discordia y tienen empeño en perturbar la buena marcha de la sociedad, se aprovechan de esta lamentable confusión, y mientras un socio propone el nombramiento de amigables componedores, otro propone el nombramiento de árbitros, de lo cual se origina un conflicto tan serio, que, dada aquella redacción de la escritura de constitución de la sociedad, no hay manera de resolver.

11. También se origina un conflicto, poco menos que imposible de resolver legalmente, cuando sean varios socios, en número mayor de dos, y cada uno quiera su amigable componedor. La única manera de salir al paso á todas estas dificultades, es que se reforme la ley de Enjuiciamiento civil dando facultades á los Jueces, no sólo para la designación de personas, sino también para que, oyendo á las partes, previa exposición de todas sus reclamaciones y sus dudas, resuelva la cuestión en su fondo, si estas partes se conformasen en que se resolviese algún derecho como en el caso de que unanimemente hubiesen designado *árbitros*, ó bien que los propios Tribunales resuelvan todas las cuestiones previas, incluso redacten y firmen la escritura de compromiso en defecto de alguna de las partes que se presente en rebeldía fijando los términos de la cuestión tal como ha de aparecer en dicha escritura de compromiso, y el plazo dentro del cual ha de dictarse el laudo, etc., etc., mejor que esto todavía, es, para evitar dilaciones y contiendas judiciales, que en la escritura de constitución de la sociedad se pusiera una cláusula saliendo al paso á estas dificultades (1).

(1) Véase el modelo que aparece en el tomo de formularios de nuestra

La reforma de la ley de Enjuiciamiento civil se impone sobre este particular interesantísimo y de gran importancia en la práctica.

12. Y vamos al segundo de los casos, ó sea cuando no se hubiese hecho indicación ninguna acerca del modo de resolver las cuestiones entre los socios. El antiguo Código de Comercio prevenía, en su art. 286, que la escritura de constitución debía expresar necesariamente, entre otras circunstancias, *la sumisión á juicio de árbitros en caso de diferencias entre los socios, expresándose el modo de nombrarlos;* pero el vigente Código de Comercio, en su art. 125, ha suprimido este requisito ó circunstancia al consignar los que necesariamente han de contener las escrituras de las Compañías colectivas. Ha dejado en completa libertad á los socios para que estipulasen la forma de arreglar sus diferencias de la manera que lo tengan por conveniente. De manera que no estipulándose que se resolverían todas las cuestiones por medio de amigables componedores, deben someterse á la decisión de los Tribunales de justicia. En esta forma, ó sea acudiendo al Tribunal competente, y promoviendo el juicio de la cuantía que corresponda, deben resolverse las reclamaciones de los socios colectivos que creyeren convenientes al interés común y dêmás á que se refieren los artículos 133, y posteriores del vigente Código de Comercio.

13. Cuando la actitud de un socio perturba la marcha social ó introduce un estado anómalo, ya comprometiendo los intereses sociales, ya de otro modo, ó sea en el caso á que se refiere el art. 307 del antiguo Código de Comercio, que es el de que use mal de la facultad de administrar el socio que la tuviere, así como el uso de la firma social, y de sus gestiones resultare perjuicio manifiesto á la causa común, que es el caso del art. 132 del vigente Código de Comercio, tropiezan en la práctica los interesados con grandes dificultades. En estos ca-

---

estituciones de derecho mercantil, tomo 8. Apéndice.—Formularios mercantiles, ág. 249.

sos, los socios que creyeren que el encargado de administrar y llevar la firma usa mal de estas facultades y quisieren nombrarle un coadministrador, presentarán escrito al Juez pidiendo se reciba información sobre el particular, y acreditado el mal uso que su consocio hiciere de dichas facultades, que se nombre coadministrador á la persona que designen. Del anterior escrito se acompañará copia, la que será entregada al socio administrador en el acto de la citación. Así lo previene el artículo 2162 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Tal como está redactado este artículo, los Jueces entienden, en la mayoría de las poblaciones, que no procede otra prueba para acreditar el mal uso que hiciere el socio encargado de la dirección que la *información testifical*. En efecto, el art. 2162 de la citada ley procesal, habla de la información; el 2163 dice que el socio administrador podrá hacer en los mismos autos la *contrainformación que juzgue procedente*, con lo cual da á entender que la única prueba es la *información*, y la *contrainformación* la contraprueba. El art. 2164 añade, que practicada la *información ó informaciones*, el Juez oirá á los interesados en una comparecencia, y según el resultado de estas actuaciones, dictará auto acordando haber ó no lugar al nombramiento de coadministrador.

Ahora bien; muchos son los casos, y en esta clase de asuntos, la mayoría de ellos, que en manera alguna puede usarse de este medio de prueba de *información testifical;* un socio de una casa de comercio que tiene depositada la confianza en el socio gestor y que ve que éste no le da cuenta de la situación de la casa y de la marcha del negocio, le escribe varias veces, y por las contestaciones y por la correspondencia epistolar ve que el socio administrador lleva la cosa por malos derroteros, ¿cómo va á practicar una información testifical? ¿De dónde ha de sacar los testigos que le informen si no tiene otra prueba que su correspondencia? Nada más difícil que un socio que no administra, más ó menos alejado de la gestión de los negocios sociales, tenga á su disposición personas enteradas de la mar-

cha de la casa y prontas á declarar; por el contrario, el socio encargado de la gestión social tiene mayores facilidades para encontrar personas que declaren á su favor en la contrainformación á que se refiere el art. 2163 de la ley de Enjuiciamiento civil. Los dependientes y los mozos de la casa, los corredores que continuamente están en contacto con el socio que lleva la dirección de los negocios, los clientes, los corresponsales, los viajantes, todas estas personas saben ó tienen ocasión de saber cómo marcha el negocio de una casa, y como reciben las impresiones del que está al frente de la misma, trasmiten estas mismas impresiones. En cambio, el socio alejado de los negocios no mantiene relaciones personales continuas que puedan servirle para llevar á cabo aquellas informaciones.

V

14. Ante todo urge modificar la ley de Enjuiciamiento civil, en la parte que se refiere á los actos de comercio que requieren intervención judicial perentoria, dando una gran amplitud á los medios de prueba, y por lo tanto, no limitándola á la información testifical, y prescribiendo que la mala administración ó el mal uso de la firma social que haga el encargado de ella podrá justificarse de todas las maneras y modos que se prueban los actos humanos, y que así también la contrainformación que haga en su defensa el socio gestor, podrá estar apoyada en documentos públicos y privados, libros de contabilidad, testigos y demás medios de prueba conocidos.

También debería facilitarse que todo socio pudiera examinar por sí *ó por medio de otra persona de su confianza*, los libros de contabilidad de la casa, y no solamente los socios, sí que también los accionistas y los partícipes ó los que están en cuentas en participación, lo pudiesen hacer personalmente ó por medio de otra persona.

Sin estas reformas se hace imposible que un socio pueda impedir la mala marcha social, ni atajar el mal camino emprendido por el socio administrador, á quien no ha de faltar

Abogados que le aconsejen que se oponga á las peticiones, y convierta el expediente voluntario en contencioso, la promoción de mil y un incidentes, y la dificultad de hacer toda clase de prueba, á menos que se ciña á la información testifical. En este sentido debería aclararse la ley que los Tribunales interpretan restrictivamente, olvidando las disposiciones generales relativas á la jurisdicción voluntaria contenidas en los artículos 1811 de la ley de Enjuiciamiento civil, una de las cuales es que se admitirán, sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren, y los Tribunales que en toda clase de expedientes dan esta misma latitud que da la ley, al encontrarse con expedientes sobre actos de comercio que requieren intervención judicial perentoria, no admiten más que la información testifical y rechazan hasta la prueba de libros de contabilidad, que es la más indicada, quizás la única, en esta clase de asuntos.

Hay que consignar, pues, de una manera clara y terminante, que en estas actuaciones se admitirá toda clase de prueba, que no podrán tales expedientes convertirse en contenciosos ni en juicios declarativos de la cuantía que corresponda, debiendo tramitarse en todo caso con arreglo al procedimiento rápido que tiene señalado la ley, y por último, que no se admitirán cuestiones incidentales como no sean las relativas á la personalidad de las partes y á la nulidad del procedimiento, pudiendo subsanarse la falta en cualquier período en que se note el defecto ó falta, y sobre todo, que pueda admitirse en la prueba, y especialmente en el examen de documentos y libros de contabilidad, la intervención de apoderados, y otras personas, como peritos y profesores mercantiles, en nombre y representación de los interesados, ya estén presentes ó ausentes. Sin estas reformas en la ley de procedimiento, los abusos y las iniquidades están á la orden del día, y los Tribunales imposibilitados por la ley para evitarlos y prevenirlos.

15. Además hay que poner en consonancia el vigente Có-

digo de Comercio con la ley de Enjuiciamiento civil. Esta en su art. 2166 declara que todo socio que quiera usar del derecho que le conceden los artículos 308 y 310 del Código, ó de los de igual índole que resultaren del contrato ó de los Reglamentos sociales, sino lo consintiere el administrador, podrá acudir por escrita al Juez, y éste ordenará que en el acto se le pongan de manifiesto los libros y documentos de la Sociedad que quiera examinar, y si el socio administrador resistiere en cualquier forma la exhibición, el Juez acordará las providencias necesarias para compelerle hasta conseguirla, y los artículos 308 y 310 del antiguo Código de Comercio á que hace referencia el artículo de la ley Procesal, aluden al derecho que en las Compañías colectivas tiene todo socio de examinar el estado de la administración y contabilidad de ellas, de hacer las reclamaciones que creyere convenientes al interés común, con arreglo á los pactos hechos en la escritura de Sociedad, ó á las disposiciones generales del derecho, así como á la facultad que tienen los socios de examinar todos los documentos comprobantes de los balances que se formen, excepto en las Sociedades por acciones; pero son muchos otros los casos de donde nacen divergencias para los socios, que es altamente peligroso que se resuelvan en el juicio declarativo que corresponda, porque por la tardanza y el gusto que los pleitos ocasionan, sería peor el remedio que la enfermedad, y es por esto, que conviene se reforme la ley Procesal, estableciendo los trámites indicados en los actos de comercio que requieren intervención judicial perentoria para todas las cuestiones á que dan lugar las situaciones á que se refieren los arts. 132, 133, 135, 136, 138, 139, 144, 150, 170, 171, 172, 173, y aun para acordar y realizar la rescisión parcial del contrato de Compañía mercantil, colectiva ó en comandita, en los casos y por los motivos que expresa el art. 218, para resolver las cuestiones incidentales á que dan lugar los actos á que se refiere el art. 225, y especialmente los actos de liquidación y división del haber social.

PEDRO ESTASÉN.

LA SERVIDUMBRE DE LUZ, ¿ES POSITIVA Ó NEGATIVA?

Uno de los puntos de derecho civil en que los autores de nuestro Código han dado muestras de mayores aciertos, es indudablemente en el tratado de las servidumbres.

Las servidumbres son tan antiguas como la propiedad inmueble.

Así como no podemos concebir al individuo aislado, en ese estado natural que lo encontró la fantasía de Rousseau dando vida á su famosa y ha tiempo destruída hipótesis, pues desde que nace hasta que muere está sujeto por naturaleza al principio de sociabilidad, mediante el cual, y por el auxilio de los demás, puede el individuo desenvolver su personalidad y cumplir su fin propio, así tampoco podemos formarnos una idea exacta de la propiedad de determinadas porciones de terreno, sin admitir la existencia de relaciones necesarias entre ellas y los terrenos colindantes.

Desde el momento, pues, que un hombre acotó un terreno como propio, y otro realizó igual operación con el inmediato, la naturaleza, la necesidad ó la conveniencia, establecieron entre ambos predios relaciones que colocaba á uno de ellos en condiciones de dominante y al otro de sirviente. El poseedor del primero veía ensanchadas sus facultades gozando ciertos derechos en el predio sirviente ó impidiendo que en él se realizaran, y el del segundo las encontraba limitadas por esos gravámenes.

Nacieron, por tanto, las servidumbres de las necesidades

sociales; el uso primero, más tarde la costumbre, les dieron forma jurídica, que alcanza su más alta perfección en la ley, último término en la escala de la exteriorización del derecho, en derecho positivo.

El pueblo legislador por excelencia, el pueblo romano, del que puede decirse sin paradoja, que dictó leyes, no sólo para su tiempo y sus propias necesidades, sino para todas las épocas y para todos los pueblos que habían de sucederle en el transcurso de la historia, recogió los usos y costumbres que debían su vida á la necesidad de las servidumbres, aquilató su bondad y conveniencia, desechó lo abusivo é innecesario, y con su recto criterio jurídico estableció en sus leyes el tratado de las servidumbres, con perfección tal, que después de los siglos pasados, de las nuevas necesidades, de los progresos de la industria y de la construcción, puede citarse á aquél como modelo, y los Códigos de todas las naciones no hacen en ese punto otra cosa que seguir casi paso á paso los preceptos del derecho romano.

Nuestro derecho histórico ha sido algo deficiente en este punto. Las Partidas, que copiaron en casi todo las leyes romanas, las siguieron también en las servidumbres y dedicaron varias leyes á su establecimiento y regulación; pero en la copia resultó algo maltrecho el original y además muchos vacíos, que en la práctica hubo que llenar con las costumbres observadas en cada lugar, y más que nada con la sabia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que con sus sentencias formó un excelente cuerpo de doctrina sobre tan importante materia.

Con tales precedentes y elementos, á los que se unieron informes técnicos de las corporaciones correspondientes para esclarecer y fijar todos los puntos que requerían conocimientos especiales, redactaron los autores de nuestro Código el tratado de las servidumbres, con tan singular acierto, que en él puede decirse se encuentran resueltas, con alto espíritu de justicia, a casi totalidad de las cuestiones que en la práctica pueden presentarse.

Se fija en el Código el concepto de la servidumbre, definiéndola como gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro de distinto dueño; se le dá su verdadero carácter desechando la antigua división de servidumbres en personales y reales, pues aun cuando en el art. 531 se habla de servidumbres constituídas á favor de una persona ó corporación, como no vuelve á hablar de semejante servidumbre, ni dá regla alguna sobre su ejercicio y trata, en título separado, del usufructo, el uso y la habitación, no sabemos lo que significa ese precepto; y se establecen las divisiones fundamentales de servidumbres legales y voluntarias, continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, positivas y negativas.

Pasa después el Código á establecer las causas de adquisición y las de extinción de las servidumbres, y los recíprocos derechos y obligaciones de los dueños de los predios dominantes y sirvientes. En otro capítulo, y en varias secciones, dá reglas claras y precisas sobre cada una de las servidumbres legales y sobre las voluntarias, poniendo con esto fin á la materia.

La división de las servidumbres en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, positivas y negativas, es de capital importancia, puesto que, según que pertenezcan á una ú otra clase, varían las causas de adquisición y extinción, y nada más interesante y ocasionado á cuestiones que la forma en que se adquieren y pierden los derechos.

Las servidumbres se adquieren por título ó por la prescripción de veinte años.

Por título se adquieren las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes.

Por prescripción sólo se adquieren las servidumbres continuas aparentes; pero el tiempo de la posesión para prescribir se contará de distinta manera, según que sean positivas ó negativas: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante ó el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente; y en la

negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido por un acto formal, al del sirviente, la ejecución del hecho que hubiera sido lícito sin la servidumbre.

Ninguna dificultad ofrece el distinguir las servidumbres continuas de las discontinuas, las aparentes de las no aparentes; su sola enunciación basta para formar una exacta idea de ellas, y no creemos que se haya suscitado contienda alguna ante los Tribunales para dilucidar á cuál de esas clases pertenece una determinada servidumbre.

La división de las servidumbres en positivas y negativas, de importancia esencialísima, pues hemos visto que para su adquisición por prescripción se cuenta el tiempo de muy distinto modo, siendo de una clase ó de otra, tampoco había producido hasta ahora en la práctica grandes dificultades; pues si bien han sido muchos los litigios entablados para decidir si una servidumbre era positiva ó negativa, y por tanto, si podía adquirirse por prescripción con el solo uso, ó era indispensable para ello el acto obstativo por parte del dueño del predio dominante, el Tribunal Supremo había establecido sobre ese punto una acertadísima jurisprudencia, inspirada en las doctrinas del derecho romano, y las dudas habían sido por completo disipadas.

El Código civil confirmó esa jurisprudencia, dando una definición clara y precisa de las servidumbres positivas y de las negativas, y creíamos ya imposible todo pleito para decidir si una servidumbre es de las primeras ó de las segundas, cuando viene á sacarnos de nuestro optimista error la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1896, que, rompiendo con toda su anterior jurisprudencia, hace una declaración que, á nuestro juicio, ha de constituir en lo futuro un fecundo semillero de pleitos y cuestiones.

No vamos á ocuparnos de la cuestión que esa sentencia resuelve, pues no es ese el objeto de nuestro estudio; sólo nos ocuparemos de la declaración que en ella se hace, y es como sigue:

«*La servidumbre* de luz es positiva, pues consiste en el disfrute activo de la luz que reciba el *predio dominante*.»

Desde los romanos hasta el día 7 de Febrero de 1896, pasando por nuestro derecho histórico y por la jurisprudencia del Supremo, las servidumbres de luces y vistas se han considerado como las servidumbres negativas más claras y bien determinadas; mas, á partir de esa última fecha, hay opiniones distintas, y la importancia del asunto creemos merece hagamos algunas consideraciones para decidir cuál sea de ellas, á nuestro juicio, la más fundada.

Fijemos, en primer lugar, que han entendido los autores las leyes y la jurisprudencia por servidumbres positivas y negativas.

Eran para los romanos servidumbres afirmativas ó positivas, las que consistían *in faciendo*, ó sea en sufrir que otro haga algo en nuestra heredad; y negativas, las que consistían *in non faciendo*, lo que sin ellas podríamos hacer en nuestras cosas.

Escriche, en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, dice:

«La servidumbre afirmativa es la que consiste en permitir el dueño del predio sirviente que haga en éste alguna cosa el del dominante. La servidumbre negativa es la que consiste en no poder el dueño del predio sirviente hacer en él ciertas cosas», y no citamos más definiciones de autores, porque hay tal unanimidad en este punto, que no sólo desarrollan la misma idea, sino que hasta emplean idénticas palabras.

Este concepto de las servidumbres positivas y negativas, pasa del derecho romano y de los autores á todas nuestras leyes que de ello tratan, y llega al Código civil que da las precisas definiciones siguientes: «Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohibe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.»

El Tribunal Supremo, penetrado de tal concepto, y aplicándolo á los casos concretos, decidió en sentencias de 14 de Mayo de 1861, 29 de Marzo de 1870, 6 de Marzo de 1875, 17 de Mayo

de 1876, 6 de Marzo de 1877, 13 de Julio de 1878, 10 de Marzo y 13 de Mayo de 1882, 10 de Mayo de 1884, 12 de Noviembre de 1889, 10 de Enero y 31 de Mayo de 1890, que la adquisición de la servidumbre de luces no podía tener lugar por prescripción, si no había transcurrido el tiempo exigido por ella, contado desde el día en que el dueño del predio dominante se opuso por un acto formal á que el del sirviente le quitara las luces, entendiendo, por tanto, que la servidumbre de luces era negativa.

La declaración de la sentencia de 7 de Febrero del corriente año, no tiene, pues, precedentes, ni en los autores, ni en las leyes, ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; es una verdadera novedad que nosotros aplaudiríamos con gusto si desterrara añejos errores y los sustituyera por conceptos jurídicos más conformes con la realidad; pero que no podemos hacerlo, porque, lejos de eso, tal novedad pugna con los principios en que descansan las servidumbres, y en la práctica dará lugar á grandes injusticias.

Lo primero que se echa de ver al examinar la referida declaración, es que por ella se da de las servidumbres positivas un concepto que no concuerda con el de los autores, ni con el de las leyes, pues unos y otras hemos visto entendían por servidumbre positiva, la que consistía en que el dueño del predio sirviente dejara hacer ó hiciera, por sí, algo en su predio en beneficio del dominante. Tal concepto no se tiene para nada en cuenta para declarar en la sentencia de 7 de Febrero que la servidumbre de luces es positiva, sino que se afirma que lo es, porque consiste «en el disfrute activo de la luz que recibe el predio dominante».

Si por tal condición las servidumbres de luces fueran positivas, podríamos considerar ociosa é innecesaria la distinción de servidumbres en positivas y negativas, pues todas, absolutamente todas, serían de las primeras, porque, ¿qué servidumbre hay que no consista en el disfrute activo, por parte del predio dominante, de ciertos beneficios, ya por actos positivos ó negativos en el sirviente?

La servidumbre de vistas, citada siempre como ejemplo de las negativas, ¿qué es más que el disfrute activo de las vistas que tiene el predio dominante, por la imposibilidad en que se encuentra el sirviente de realizar obras que se las quiten?

Si para distinguir dos cosas damos como cualidad de una de ellas la que conviene á las dos, no hay distinción posible, y eso ocurre con la declaración del Supremo, con cuyo testimonio podrá sostenerse desde hoy en los Tribunales, que las servidumbres positivas y negativas son una misma cosa.

Y claro está que no admitimos, ni hipoteticamente, lo que, siguiendo el sentido literal de la declaración, pudiera deducirse, esto es, que en la servidumbre de luz el predio dominante la recibe del sirviente, pues esto sería un error de tal magnitud, que no podemos ni suponerlo en la sentencia del Supremo.

La luz es de aquellas cosas que los romanos llamaban comunes y que caracterizaban admirablemente, al decir: su propiedad de nadie, su uso de todos. No es, por tanto, la luz susceptible de apropiación, y sería una afirmación sin sentido la de que en la servidumbre de luz el predio dominante *la recibe* del sirviente, pues para ello era preciso que éste la hubiese hecho suya, lo cual es imposible.

Hay que hacer una distinción, que á primera vista puede parecer una sutileza, pero que basta contrastarla en la piedra de toque de la realidad para convencernos de su verdad.

Ningún predio puede dar luz á un predio colindante, pero sí puede quitársela: explicaremos esto prácticamente.

Tenemos dos terrenos colindantes, cuyos respectivos propietarios, por el mero hecho de serlos, tienen derecho á levantar en ellos construcciones, de *suelo* á *cielo*, abriendo todas las ventanas que juzguen necesarias para usar de la luz. Si las construcciones fueran aisladas, ese derecho no tendría limitación alguna; pero desde muy antiguo el ornato y belleza de las poblaciones aconsejó que las construcciones se agruparan formando manzanas y calles; por efecto de ello unas casas tenían

que tocar con otras, ya por las paredes medianeras ó por las propias colindantes, y ya en unas ó en otras, el derecho para abrir ventanas del propietario de una de las casas, aparece limitado por el del propietario de la otra, que puede, bien cargar su construcción sobre la pared si es medianera, bien construir una propia, llegando por ambos procedimientos á quitar la luz que por aquellas ventanas recibiera la otra casa.

Con este sistema de construcción seguido en las poblaciones, las necesidades de luces y ventilación, indispensables para la vida, quedaban satisfechas, pues todas las casas podían abrir ventanas en las fachadas que daban á las vías públicas. Pero podía darse el caso de que un propietario deseara para su construcción más luz, más ventilación, y que, no contento con las ventanas que podía abrir en la vía pública, quisiera también tenerlas en las paredes colindantes con el vecino. Si éste consiente, nace la servidumbre de luces, y por ella no se obliga el dueño del predio sirviente á hacer ó dejar hacer algo en beneficio del dominante, sino á *no hacer*, á no construir en su terreno de suelo á cielo, á no realizar, en una palabra, lo que le sería lícito sin la servidumbre. Se constituye, pues una servidumbre de luces que es, y no puede por menos de ser, una servidumbre negativa.

Si la servidumbre de luces fuera positiva, la adquisición de ella podía tener lugar por la prescripción de veinte años, contados desde el día que se empezó á usar, y tal precepto llevado á la práctica, daría lugar á grandes injusticias, convirtiendo á la prescripción, de institución altamente beneficiosa para el interés público y privado, salvaguardia del dominio, y justa pena para los individuos descuidados en el uso de sus derechos, que todo eso es, según nos dicta la razón y confirman los hechos, en institución perturbadora, injusta, contraria á razón, destructora del dominio y sancionadora del despojo.

La prescripción se funda en la presunción legal de la renuncia que de su derecho hace el que deja que otro lo ejerza y disfrute el tiempo fijado en la ley, presunción que, si á veces

no está conforme con la realidad, pues no fué el ánimo del que perdió la cosa ó el derecho hacer esa renuncia, es legítima, pues entonces se considera como una pena que impone la ley á las personas que hacen un abandono punible de sus derechos y acciones con gran perjuicio de la claridad, fijeza y certidumbre que debe presidir todas las relaciones de la vida civil.

A la idea de derecho va unida como secuela inseparable la de beneficio para el que lo ejerce, así como va unida á la idea de obligación la de carga.

Para que la prescripción sea legítima, se necesita, pues, como primera condición, que se pueda presumir el abandono de una cosa ó de un derecho, que esa presunción nazca de la renuncia de los beneficios que la cosa ó los derechos puedan proporcionar, y que esa renuncia sea voluntaria.

Hagamos aplicación de estos principios á la servidumbre de luces.

Se construye una casa en determinado terreno, que linda por uno de sus lados con un solar, y puede suceder una de dos cosas: ó la pared colindante es medianera y su propiedad de los dueños de la casa y el solar en la proporción que hayan convenido, ó está construída en terreno del dueño de la casa y es toda suya.

En el primer caso, el propietario de la casa no puede abrir ventanas, para recibir luces, en la pared medianera sin el consentimiento expreso del otro dueño, y no adquirirá por prescripción derecho á luces por esa pared, porque si el permiso se ha concedido, como es lo corriente, temporalmente, ó sea hasta que el dueño del solar edifica en él y necesita cargar su construcción sobre la medianería, llegado ese momento las ventanas tienen que tapiarse; y si el permiso se concedió á perpetuidad, entonces sí existe la servidumbre de luces, pero constituída por título, no por prescripción. Si las ventanas se abren en pared medianera sin consentimiento del condueño, como éste puede impedirlo ó conseguir que se cierren, si no lo hace se presume que renuncia su derecho, y no resultaría in-

justicia alguna de que el dueño de la casa, transcurridos los veinte años de uso, ganara por prescripción la servidumbre de luces.

Por lo que antecede se comprenderá que para la adquisición de servidumbre de luces por pared medianera no hay dificultad, ya se la considere como positiva, ya como negativa.

Pero estudiemos el otro caso: el dueño de la casa lo es también de la pared lindante con el solar, y en virtud del derecho de propiedad que le da la facultad de hacer en sus cosas lo que le parezca, siempre que no falte á las leyes, abre en su pared, no una, sino veinte ventanas. Si la servidumbre de luces es positiva, transcurridos veinte años desde el momento que abrió las ventanas, el dueño de la casa adquiere por prescripción servidumbre de luces, y el derecho del dueño del solar se encuentra limitado por la prohibición de edificar de suelo á cielo. ¡Qué absurdo!

¿De dónde puede deducirse la presunción de que el dueño del solar ha renunciado á su derecho de edificar en él como le parezca y sin limitación alguna? Era preciso para ello que al abrir el dueño de la casa las ventanas, hubiera privado al del solar de algún derecho, de algún beneficio, para que el tácito consentimiento justificara la prescripción; era sobre todo indispensable que el dueño del solar hubiera podido prohibir que las ventanas se abrieran para inferir del hecho de no hacerlo su consentimiento; pero como nada de eso sucede, como al abrirse las ventanas en nada se perjudica al dueño del solar, pues á éste hasta que se edifica poco le importa que por la pared inmediata se reciban ó no luces, como el dueño del solar no tiene medios legales para impedir que el de la casa colindante abra en su pared las ventanas que tenga por conveniente, no puede tampoco inferirse que renuncia á su derecho de edificar de suelo á cielo, ni admitirse que se le imponga pena alguna por haber dejado realizar hechos que, no sólo no consintió, sino que no pudo impedir.

No puede objetarse á esto que el último párrafo del art. 581

da al dueño de un solar la facultad de cerrar las ventanas abiertas en pared contigua ajena, edificando en su terreno, pues esta facultad, si nó se ejercita dentro de los veinte años, se pierde, dado caso que la servidumbre de luces sea positiva, pues se adquiriría ésta por la prescripción, contada desde el momento de abrir las ventanas; é imponer á un propietario la obligación de edificar en su terreno dentro de cierto tiempo, para que el colindante no gane servidumbre de luces, sería un atentado contra el derecho de propiedad.

Los romanos, que con tanta precisión daban preceptos para todas las necesidades, con la vista siempre fija en que su aplicación á los casos concretos no resultara en pugna con la equidad, comprendieron perfectamente esas dificultades, y de ahí su distinción de las servidumbres en positivas y negativas, y el diverso modo de contar el tiempo para la prescripción en cada una de ellas.

Desde la publicación del Código civil vienen discutiendo los comentaristas, al interpretar el párrafo segundo del artículo 6.°, si con las disposiciones de éste es compatible la existencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como fuente de derecho, y si han de tenerla, por tanto, en cuenta al juzgar los Tribunales inferiores. Cuestión es esta bastante importante, y que no creemos conveniente tratar como incidente de la que ahora nos ocupa. A nuestro propósito basta sentar un hecho, que testimoniarán como exactísimo todos los jurisconsultos que se dedican al ejercicio de la profesión

Podrá discutirse en teoría la mayor ó menor fuerza de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero en la práctica su poder es absoluto.

Hasta la vigencia del Código civil, nuestra legislación en esa materia, con tantos cuerpos legales, vigentes en parte y en parte derogados, era un verdadero caos, en el que muchas veces hizo brotar la luz el Tribunal Supremo con sus acertadísimas sentencias. Acostumbrados los Tribunales de primera y segunda instancia á servirse como de su mejor guía de la ju-

risprudencia, pues además de la buena y clara doctrina que contenía, por precepto legal tenían que atenerse á ella, dado que existía el recurso de casación por infracción de *doctrina legal*, y ésta estaba formada por los fallos del Supremo, no han podido desprenderse de esa costumbre después de la vigencia del Código y cuando ya ese recurso es legalmente imposible.

La frase «hay jurisprudencia» y su cita hace invulnerable al que la esgrime en las contiendas judiciales, y ya puede él contrario tener á su favor la razón y las opiniones fundadas de todos los intérpretes y comentaristas, nada conseguirá; aquella frase tiene para los juzgadores más fuerza que la misma ley.

Siendo este hecho ciertísimo, al escribir este artículo nos hemos propuesto dos cosas, que no sé si habremos conseguido.

La primera, fijar el verdadero carácter de la servidumbre de luces, afirmando su condición, á nuestro juicio indiscutible, de negativa; la segunda llamar la atención de los Tribunales que tengan que entender en contiendas sobre servidumbres de esta clase, y á los que se quiera confundir con la jurisprudencia del Supremo, citando la sentencia de 7 de Febrero de 1896, pues si bien es cierto que en esta sentencia se declara que las servidumbres de luces son positivas, hay otras sentencias que dejamos citadas que declaran lo contrario, y por tanto, que pudiendo así el que sostenga lo uno como lo otro, decir «hay jurisprudencia», los juzgadores no se sometan á ese criterio de autoridad, que en este caso resulta contradictorio, y decidan con entera libertad y con la vista fija solamente en el Código y sus precedentes.

SANTIAGO SENAREGA.

DERECHO CONSUETUDINARIO
DE ESPAÑA (*)

V

ALICANTE

Mercado de agua en la Huerta.

I. ANTECEDENTES: La huerta de Alicante.—Su vertiente.—Concesiones de aguas á los primeros pobladores cristianos por Alfonso X.—Aumento posterior de tierras laborables.—Defectos en el uso y disposición del agua.—Decreto de Juan I de Aragón para que no se separe el agua de la tierra.—Construcción del pantano de Tibi en el siglo XVI. Repartimiento del agua: relación entre ésta y la tierra.—*Agua vieja* y *Agua nueva*.—Antagonismo entre ambas.—Rotura del pantano (1697).—Abusos en la venta del agua.—Disposiciones que tienden á remediarlos.—Tasa del agua en 1776.—Reglamento de 1782.—Proyectos de extinguir ó amortizar el *agua vieja*.—Siguen los abusos y los conflictos.—Exposición de regantes en 1848.—Formación de las Ordenanzas ó Reglamento vigente (1849).—Constitución del Sindicato de regantes.—Su Reglamento (1865).—Relación de éste con el de riegos.—Estado actual: número de tierras y relación con el agua.

II. CAUSAS Y ORGANIZACIÓN DEL MERCADO DE AGUA: Autores que hablan del mercado.—No reflejan la realidad de las cosas.—Diferencia entre la ley escrita (Reglamento) y la costumbre.—Forma del riego.—*Tandas* ó *martavas*.—*Hilas* ó *dulas*.—*Albalaes*: sus clases y valor.—Registro del agua ó *Giradora*.—Presentación de los albalaes para obtener el riego.—Porqué no se cumple siempre el precepto legal.—Déficit entre el agua correspondiente á cada tierra y la necesaria para el riego.—Sus causas.—Necesidad de la compra de albalaes.—Cuándo se hace la cuenta del riego.—Contabilidad de los martaveros.—Disposiciones reglamentarias en punto á la venta, permuta, etc., del agua.—Cómo deben interpretarse.—Cómo se cumplen en la práctica.—Carácter consuetudinario del mercado de agua.—Sus diferencias con los de Lorca, Elche, etc.—Manera de funcionar.—Libertad de contratación.—Acaparamientos de albalaes.—Reventas.—Corredores.—En cuánto influye esto en el precio del agua.—

---

* Véanse las págs. 42, 225, 558 del tomo 88 y 180 de este tomo.

Otras causas de las fluctuaciones del precio.—Altos precios de otras épocas.—Remedios propuestos en varias ocasiones.—El fielato de aguas.—La tasa.—Ventajosa situación en la actualidad.

III. BIBLIOGRAFÍA: Razón de tratarla al final.—Puntos principales á que se refieren los libros publicados.—La cuestión de los ribereños del Cabanes y la de los del Monnegre.—Autores que de éstas tratan.—Libros referentes al pantano y á su historia administrativa.—Libros referentes á la cuestión del agua vieja y al mercado.—Necesidad de reconstruir la historia de las luchas entre el agua vieja y la nueva.—Importancia de ella.

I

Llámase Huerta de Alicante á todo el terreno cultivado ó no, que se extiende al N. y E. de la ciudad hasta la línea de montañas que, partiendo de las estribaciones del Maimó, en término del pueblo llamado San Vicente del Raspeig (estación del ferrocarril á Madrid), concluye en el barranco de Aguas, donde empieza la región que en el país se conoce con el nombre de *La Marina* (Villajoyosa, Benidorm, etc.). Comprende este terreno más de 30.660 *tahullas* de tierra (1) y en él se contienen varias partidas rurales de la capital y tres municipios independientes: Villafranqueza, San Juan y Muchamiel (2). Por resultado de la configuración del terreno, la Huerta recibe las aguas de la vertiente Sur de la cordillera que forma la parte alta de la provincia, aunque no en todo su recorrido, sino en el trozo que puede llamarse central en relación á la misma Huerta, y en el cual están situados pueblos importantes como Gijona, Castalla, Ibi, Tibi, etc. El depósito principal de esta

(1) Cada 3 tahullas componen una hec. de 400 estadales, según medida usual de los labradores. La mayor que se emplea es el *jornal* (lo que labra un par de mulas en un día), que se divide en 4 tahullas; la tahulla en 8 octavas y la octava en 32 brazas. Cada braza mide 9 á palmos valencianos cuadrados. Aymard, en sus *Irrigations du Midi de l'Espagne* da á la tahulla la cabida de 12,01 áreas; de modo que las 30.660 tahullas de la huerta hacen 3.628 hectáreas, 26 áreas y 60 centiáreas.

(2) El *Reglamento* vigente *para el Sindicato de riegos de la huerta de Alicante* dice en su art. 1.°:

«La huerta de Alicante se compone de las 30.660 tahullas de tierra, etc.» La definición del Reglamento es exacta no más que desde el punto de vista del Sindicato. En lo que se llama ordinariamente huerta, hay, además de las 30.660 t. de regadío, otras muchas, roturadas y plantadas, de secano. De modo, que no puede juzgarse de la extensión de la huerta sólo por aquella cifra.

cuenca es la llamada *hoya* de Castalla, cuyas aguas vacíanse por el río Cabanes, que atraviesa la cordillera por una cortadura distante sobre 50 kilómetros de Alicante, desde donde toma el nombre de Monnegre.

No es este río de corriente continua é igual. Depende casi en absoluto de las lluvias, que no son frecuentes, como es sabido; cuando éstas faltan, disminuye muchísimo el caudal de aquél, por disminuir igualmente las pocas aguas naturales que lo surten, y aun llega á secarse.

Careciendo la Huerta de toda otra corriente de aguas, y siendo en ella todavía menos frecuentes las lluvias que en la mencionada *hoya*, era natural que para atender á su riego se acudiese á las aguas del Cabanes, como las más directas y seguras. Así se verificó apenas conquistada Alicante por el entonces Infante de Castilla, luego Rey D. Alfonso X. En 29 de Agosto de 1252 dió á los pobladores cristianos de Alicante fueros, franquezas y espaciosos términos en los hoy municipios de Novelda, Aspe, etc., con sus aguas, fuentes y ríos; y años después, en 1258, hizo igualmente donación, á todos los que habían recibido tierras en la Huerta por juro de heredad (1), del uso y aprovechamiento de todas las aguas nacidas en el término de Castalla, así como de las pluviales que discurren por el mismo y vienen á parar al río Cabanes. Se formó un libro de repartimiento, en que se hicieron constar los nombres de los vecinos que poseían tierras, con indicación del agua que correspondía á cada cual; y ésta se dividió en dos corrientes (una de aguas vivas y otra de las pluviales), que se utilizaban cada veintiún días respectivamente. El repartimiento fué aprobado en todas sus partes por nueva disposición real dada en Valladolid en 1258 (2).

---

(1) Cuyos heredamientos se aprobaban, de paso, en este privilegio.

(2) Véase F. Verdú, *Disc. sobre el dominio, pertenencia, distribución y uso de las aguas que sirven al riego público de la Huerta de esta ilustre ciudad de Alicante*, 1739.—Conviene advertir que el Priv. de 1252 es el mismo que citan y extractan Vergara, Verdú y otros autores, aunque equivocando la fecha (ponen 1290), por no hacer la reducción de la era hispánica á la cristiana. El de 1258 lo dan por de 1296. Branchát, en el *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio en el Reyno de Valencia* (I, pág. 365, nota 4), ya rectificó este error. El Priv. de 1252 existe en el Archivo de l

No se habían distribuído en el repartimiento á particulares, como es de suponer, todas las tierras del término municipal; pero andando el tiempo, fué aumentando la propiedad privada y roturándose más campo, lo cual produjo una desproporción notable entre el agua disponible para el riego y las tierras necesitadas de él. Por otra parte, los primitivos agraciados con lotes de agua usaron de ésta como dominio exclusivo, separándola de la tierra, ora para vender á buen precio su uso á los labradores á quienes hacía falta, ora para crear beneficios eclesiásticos, ó para legarla, donarla, etc., á otros poseedores y á las iglesias: conducta que aumentaba la desproporción indicada antes (1). Se afirmaba con esto la perniciosa práctica de romper la relación natural entre el agua y las tierras, de capitales efectos para la agricultura. El abuso llegó á grado tal, que D. Juan I de Aragón—á cuya corona perteneció Alicante desde tiempo de D. Jaime II—expidió un decreto en 1.º de Marzo de 1389 (2), á petición de la municipalidad, mandando que «ni iglesia ni extranjero que no fuese heredado ó terrateniente en la Huerta, pudiese adquirir agua; que nadie pudiese tener más que la que le correspondiese en proporción á las tierras que tuviera, pena de ser vendido en pública subasta el tal derecho ó uso del agua... y que se cum-

---

ciudad, armario 5, lib. 50, fol. 4, y de allí lo copió Branchat en el tomo II de *Documentos*, de su obra (cap. 8.º, núm. 1.º). Los demás privilegios también constan en el Archivo. V. el «Fuero de Alicante y privilegios», publicados en la *Colección de privilegios, franquezas, exenciones y fueros*... de D. Tomás González, tomo VI, págs. 96 y 105. En 1304 los Reyes de Aragón, á cuyo poder pasó Alicante, renovaron los privilegios dados por los de Castilla; y habiéndose perdido en las guerras del siglo XIV el libro en que se consignó el primer repartimiento, se formó otro en 1368, que fué aprobado por el Infante D. Juan (Juan I) en vida de su padre Pedro IV. Verdú (pág. 60) da un buen resumen del procedimiento que se siguió para traer las aguas y repartirlas. Es interesante notar la diferente apreciación acerca del origen del derecho á las aguas de Castalla que hacen Vergara y Verdú. V. lo que dice Branchat, pág. 365 á 368.

(1) Todo este proceso de separación del agua y la tierra lo explica bien Verdú en su *Discurso*, págs. 53 54, así como expone los perjuicios que causaba, creando interesados en el agua que no poseían tierra (§ 53, 61 y 64).

(2) Archivo municip., lib. núm. 2, armario J. Libro titulado de *Privilegios* de la misma ciudad, en lemosín: «Que com en la Horta de dita Vila de Iacant haja gran fretura, é minva de Aigua, é antigament aquella fos parda ab la terra... Perçó que la dita Aigua no sia departida de la terra.»

pliese así... *para que el agua no fuese separada de la tierra por el interés de la gran ganancia que resultaba á sus dueños en perjuicio de la Huerta y de la cosa pública*»; y todavía el propio Rey dió nuevo decreto en Valencia, á 9 de Febrero de 1393, dictando otras medidas encaminadas al mismo fin (1), á petición de los Procuradores ó Diputados de la Villa: en ellas se ve cuán grande era ya la desproporción entre el agua y las tierras, incluso por lo dividida que aquella corría en ocho acequias ó partes, no obstante su escaso volumen.

A las mencionadas causas de penuria uníase otra natural, que cada vez había de ser más notada, á saber: la irregularidad de la corriente; pues faltando en el río Cabanes obras que encauzaran y sujetaran las aguas, éstas se perdían en el mar al ocurrir grandes avenidas en invierno, y en verano era frecuente que se agotaran. Para poner remedio á este mal se pensó, á fines del siglo XVI, en la construcción de un pantano que detuviese las aguas naturales y pluviales propiedad de los huertanos alicantinos y regularizara su aprovechamiento. La iniciativa de esta obra se debió á dos vecinos de Muchamiel; fué acogida con entusiasmo por el Municipio de Alicante, y obtuvo de Felipe II, entonces reinante, protección y ayuda. Comenzó la obra en 1580; y después de muchas vicisitudes, en 1594 se dió por terminada, dejando el muro de contención en 160 palmos. De lo ocurrido durante este tiempo (2) no nos interesa consignar más que la circunstancia de haber tratado de dificultar la construcción del pantano, por varios medios, los poseedores de agua procedente del repartimiento de Alfonso X, los cuales ya sabemos cómo usaban de su derecho. De estos intereses contrarios á la obra, y de otros análogos, da testimonio la carta escrita desde Madrid en 8 de Diciembre de 1589 por Felipe II al Portantvences de Gobernador, D. Alvaro Vique Manrique (3),

(1) Archivo municip. Libro citado, fol. 71 (en lemosín). Poseo copia certificada por el Secretario del Ayuntamiento D. V. Bernabeu.

(2) V. la narración de ellos en Viravens, *Crónica de Alicante*, págs. 136 á 144. La historia circunstanciada y documentada está aún por hacer, y tal vez me atreva yo á escribirla algún día con los documentos que poseo.

(3) Citada por Verdú, y se halla en el Arch. municip., autos de destajo del pantano, fol. 264. La publica Viravens, págs. 187 9. Poseo una copia anterior á la *Crónica*, hecha en 1848.

en que se alude á «hombres de negocios que no son heredados» y cuya ganancia «consiste en la esterilidad de la tierra», y á «otros que son heredados en la huerta que hoy se riega y por su interés é y vender mejor sus frutos habiendo poca agua... lo quisiesen impedir...» Los impedimentos se produjeron efectivamente, según se deduce de otra carta fecha 3 de Junio de 1594 (1).

Concluído ya el pantano, se procedió al repartimiento de las aguas. Entendió en esta operación el Gobernador Vique, haciendo medir las tierras que habían de obtener riego, y en Octubre de 1594 se publicó el repartimiento, elevándolo á la aprobación del Rey. Vique proponía la inseparabilidad del agua y la tierra, para que los ricos no hicieran lo que habían hecho antes, á saber: comprar el agua de los pobres con perjuicio del bien público (2). El Rey aprobó en 9 de Noviembre, sancionando la inseparabilidad propuesta en cuanto al agua que del pantano se hubiese de conceder, y mandando que en el libro en que constara el repartimiento se fuesen anotando todos los traspasos de la propiedad del agua (3).

El principio, tantas veces falso y perjudicial, de los *derechos adquiridos,* produjo desde luego en el problema del repartimiento una dualidad de intereses: el de los sucesores de aquellos cristianos á quienes se hizo la primer concesión de agua en tiempo de Alfonso X, y el de los nuevos poseedores de tierra, vecinos de Alicante y de su Huerta, en beneficio de los cuales—y con cuyo dinero (pues la ciudad hubo de tomar á censo grandes cantidades para la obra)—se había hecho el pantano. El Gobernador Vique mostró tendencia á confundir ambos derechos, lo cual hubiera sido indudablemente ventajoso (4), pero no prevaleció este sentido. Hízose el reparti-

(1) Viravens, págs. 144-5.

(2) Archivo municip., libro 1.°, armario 2.° Poseo copia certificada por el Secretario del Ayuntamiento en 1848.

(3) En el mismo libro que el anterior documento.

(4) V. su proposición de repartimiento, antes citada. En la misma se da parte al Rey del modo con que se aprovechaba el agua antes de construir el pantano. Vique hace constar que el único obstáculo para la extinción del antiguo derecho era el haberse fundado vínculos y capellanías.

miento reconociendo á los indicados sucesores la propiedad del agua concedida con anterioridad al pantano y su separación de la tierra; y de la restante, es decir, de la que, gracias al pantano, se recogería de más, se distribuyeron 336 *hilos* de 83 minutos cada uno (1), á razón de *un minuto* por cada tahulla de tierra susceptible de riego. Los primitivos poseedores tuvieron otros 336 *hilos*, á los cuales se llamó desde entonces *agua vieja*, dando á los repartidos en 1594 el nombre de *agua nueva* (2). A la sazón (1596) había en la huerta 28.221 tahullas, debiendo entenderse que no toda la tierra plantada y sembrada era (ni es hoy) de regadío, pues existen trozos que por su situación no pueden regarse. De 1594 á la fecha ha aumentado el número de tierras de regadío y de secano por nuevas roturaciones.

Divididas de aquella manera las aguas del pantano, era lógico que se acentuase el antagonismo que ya de antes existía entre los poseedores del primitivo repartimiento y los labradores nuevos, máxime cuando el agua vieja no era poseída en proporción de la tierra, sino que por las ventas, vinculaciones, etc. verificadas desde 1300, se había acumulado en pocas manos, no siempre interesadas, según va dicho, en el cultivo agrícola. Así ocurría que mientras un terrateniente poseedor, v. gr., de 12 tahullas, no disfrutaba más que de doce minutos de agua, cualquier poseedor de agua vieja, aunque no tuviese tierras, podía disponer de una y más horas. Á éstos, pues, no había de convenir la prosperidad del pantano, ya que cuanta menos agua pluvial se recogiera, en más alto precio podría ser vendida la antigua, que se suponía procedente de nacimientos naturales y tenía derecho privilegiado. Así lo comprendía el espíritu público, y lo prueba el hecho de que, habiendo sido destruída en 1697 parte de la pared del pantano á causa de la explosión de un barreno de pólvora, según se creyó (3), atribuyóse el crimi-

(1) Actualmente, el *hilo* corresponde á una hora y media de dula cada veintiún días. Llauradó, *Tratado de aguas y riegos*. V. más adelante otras citas de esta obra.

(2) La lista de las condiciones convenidas en esta transacción de derechos pueden verse en Aymard, cap. 12, y en Llauradó, II, 5.°

(3) Viravens dice que esta «desgracia fué producida *sin género de duda* por la explosión de un barreno de pólvora preparado por la perversidad de algunas gentes...», pero no determina cuáles.—La atribución que hacemos en el

nal destrozo á los poseedores de agua vieja, cuyo deseo se suponía ser de que las cosas volviesen al mismo estado que tenían antes de aquella obra.

Rota la pared, quedó desorganizado el riego de la Huerta; y sin duda que debieron aprovecharse de ello los poseedores de agua vieja, á lo que se colige de documentos posteriores que luego han de citarse. Hasta 1726 no se promovió formalmente la recomposición del pantano, y en 1736 empezaron las obras. Para atender á ellas se crearon 16 hilos de agua (aumentando un día á cada *martava* ó período de riego: cada 20 días), que se vendieron á pacto de retroventa, independientemente de las tierras, aumentándose así la cantidad privilegiada cuyo uso era susceptible de ser cedido por elevado precio en caso de penuria. Produjo esta venta 8.000 libras, y como las obras se habían presupuestado en 16.000, se hizo un reparto proporcional entre los regantes para reunir las que faltaban.

Las obras terminaron en 1738, y un año después fué incorporado el pantano al Real Patrimonio, dictándose unas Ordenanzas que llevan fecha de 1741, y en las cuales se preceptúa

---

texto está tomada de una exposición dirigida (ó que se pensó dirigir) á la Reina en 28 de Diciembre de 1848 por la Comisión de regantes de la Huerta, encargada de la Administración del pantano, y cuyo original poseo. Esta exposición se encaminaba á obtener la extinción del *agua vieja*. Es sustancial también lo que se dice en el párrafo de *Pruebas* de otra exposición, dirigida por varios regantes al Jefe Político en 1.° de Mayo de 1848. Comienza así: «Los grandes propietarios de agua vieja son cultivadores ó arrendadores. En el primer caso, salvo pocas excepciones, más estiman vender el agua que cultivar las tierras: en este mismo año agricultor, hay quien tiene yermas las muchas que posee y sólo ha regado una pequeña porción de agua, para vender la restante y sacar un producto pingüe. En el segundo, los arrendatarios, salvo las mismas pocas excepciones, hacen lo propio; pero siempre en provecho de sus principales que pueden dar en arriendo las tierras, al paso que los que no tienen agua vieja no pueden darlas ni cultivarlas: en este mismo año agricultor, son muchos los casos que pudieran citarse. Así es que la opinión pública les atribuyó la voladura del Pantano ocurrida en el año 1697, porque hechos dueños entonces de toda el agua que venía á la huerta, labraban su riqueza á costa de la miseria de la Comunidad. Y cuando el grande aluvión de 1793 se llevó la antigua azud de Muchamiel, los antecesores de varios de los que firman la exposición que contestamos se opusieron á la reedificación de la entretuvieron por espacio de ocho años con ardides de la naturaleza de los que hoy emplean».—El motivo de esta exposición fué contestar á los que se oponían á la construcción de una balsa reguladora del Pantano. Se imprimió en 15 páginas en 8.°, Alicante, Imprenta de Nicolás Carratalá, 1848.

nuevamente (art. 30) la inseparabilidad del agua y la tierra. Los abusos á que daba lugar la venta del agua vieja continuaron (1), obligando á que la ciudad de Alicante propusiese al Rey Carlos III, en 1775, la redención de aquélla, fundando su deseo en «el excesivo precio á que la hacían pagar sus poseedores, y en el perjuicio que resultaba al interés público de que, por aprovecharse de los excesivos precios á que la vendían, *dejaran yermas sus heredades*» (2). El Rey, después de oir á los poseedores indicados, al Intendente de Valencia y á la Junta del Patrimonio, no accedió á la redención, pero dispuso en Real cédula, á consulta del Consejo de Hacienda (22 Octubre 1776), que «para que los terratenientes no tuvieran los justos motivos de queja *por la tiranía de los precios* á que se la vendían en los años de escasez, ... no pudiesen exceder del doble precio á que se vendían de cuenta de S. M. los demás hilos del Pantano»: es decir, los tasaba en 15 reales 2 maravedises vellón por hora (3). Según la comunicación que cita la nota anterior, el agua vieja llegaba á venderse hasta en *diez pesos* (4). Para el cumplimiento de la resolución citada se formó un Reglamento (22 de Abril de 1782) en el cual se tasa la hora de agua vieja en diez reales valencianos, ó sea el doble de lo que se pagaba por la del Real Patrimonio (5).

---

(1) Un reflejo de las cuestiones que se promovían entre los poseedores del agua vieja y los labradores es el citado discurso de Verdú, que lleva fecha de 1789. Verdú era Regidor de Alicante y había sido elegido con otros dos para formar Ordenanzas de riego por orden del Supremo Consejo de Castilla.

(2) Exposición de 1848, citada.

(3) Comunicación del Secretario del R. C. de Hacienda, fecha de 4 Abril de 1777. Un traslado original se hallaba en la Administración del Real Patrimonio de Alicante, con el núm 2, legajo 23. Poseo copia.—De ninguno de estos documentos dice nada Viravens.—Para inteligencia del texto conviene saber que, no teniendo de derecho cada tahulla más que un minuto de agua, la demás que les hacía falta la compraban los labradores, en primer término, del Real Patrimonio, á quien entonces pertenecía el pantano, si en éste la había sobrante después de cubiertos los minutos de la Huerta, pagándola á 5 reales valencianos la hora. Sólo faltando agua de repuesto en el pantano acudían á comprar la vieja. V. sobre esto las Ordenanzas de 1741, que tra Branchát (II de *Documentos*, págs. 534 y siguientes), números 7, 8, 10 y 37).

(4) Hay en el mismo documento otros datos interesantes sobre la granjería que hacían los poseedores de agua vieja.

(5) Este Reglamento se imprimió en el mismo año de 1782. *Reglamento que deberá observarse en la distribución y venta de los hilos de Agua vieja del pantano c*

Este documento es muy interesante, porque en él se habla manifiestamente, por vez primera, de una de las más graves causas de la carestía del agua por ilícita industria de los poseedores: á saber, el acaparamiento y la reventa. A esto se refieren los números 6 y 7 del Reglamento, el segundo de los cuales dice: «Que los que compran hilos de Agua vieja, deban precisamente emplearla en sus tierras propias, ó que tienen arrendadas, ó á partido, *sin poderla vender, ceder, ó prestar á otros;* y si acaso por inutilizarse las cosechas ó por haber perdido el turno tuviese algún sobrante de Agua, y quisiese beneficiarla, deba dar cuenta al Juez Administrador, y venderla con su intervención por el precio de 10 reales cada hora de Agua»; indicándose también en otro núm. (14) que las reventas y acaparamientos solían hacerlos, en primer lugar, los encargados de la distribución y conducción del agua (1). El Reglamento permite sí *arrendar* los Hilos de Agua vieja (muchos de ellos poseídos por «Iglesias, Beneficiados y Administradores de Pías Memorias)», pero sólo á «los que tuvieren tierras en la huerta», prohibiendo á éstos que los subarrienden, vendan, donen, cedan ni presten (2).

No obstante todas estas disposiciones, continuó la venta del agua vieja en iguales términos, á virtud de mantenerse su vicio de origen, la separación de la tierra, que repetidamente quisieran, pero no pudieron, evitar las diferentes Ordenanzas ó Estatutos de riego dados desde 1290 (3). Así lo demuestra la

---

la ciudad de Alicante, para asegurar la debida igualdad y equidad en sus precios, precaver colisiones y fraudes, y evitar todo perjuicio á los Interesados Regantes.—En Valencia: En la Imprenta de la Intendencia, por Joseph y Thomas de Orga. MDCCLXXXII. Lo trae también Branchát, tomo II de *Documentos*, p. 556.

(1) Para la denuncia de estos abusos concede el Reglamento acción pública. V. también las Ordenanzas de 1741, núm. 56.

(2) Números 11 y 12. Prescindimos ahora de utilizar otros documentos posteriores que no interesan directamente al fin de este trabajo, pero si mucho á la historia de la lucha secular entre los labradores pobres y los poseedores de Agua vieja. Estos utilizaron mil medios para dificultar el riego, haciendo necesarias nuevas peticiones de justicia y nuevas resoluciones en 1795, 1796 y 1801. El administrador que era por entonces del pantano, D. Antonio Montenegro, personifica hermosamente la defensa de los derechos de los regantes.

(3) Además de éstas, tengo nota de haberse dado las siguientes: En 1625, por Felipe IV y en 1670, en tiempo de Carlos II, 1669; en 1741 (poseo copia de

ya citada Exposición que en 1848 elevaron á la Reina los regantes que formaban la Comisión administradora del Pantano (1), pidiendo la extinción del agua vieja, como se había pedido en 1775 á Carlos III. La Exposición alega como precedente lo dispuesto en Real orden de 14 de Enero de 1848, que, con referencia al pantano de Lorca, permitía la redención de los derechos de agua separados de la tierra, para que cesase esta «separación que existe entre ellas (las aguas) y los terrenos que deben regar» (2). La Exposición ofrece el dato interesante de ser 2.000 el número de poseedores de tierra en la huerta y 200 sólo el de de los del agua vieja, de los cuales sólo 133 habían de ser expropiados (según el proyecto de redención y extinción adjunto), y de éstos, todavía constaba que 12 no poseían tierra alguna (3).

éstas), en 1777 y en 1844. De otras posteriores se hablará luego. En el *Bolet. oficial de la provincia de Alicante* (n.° 127: 17 de Junio de 1835) hallo la noticia de que la Reina Gobernadora mandó formar una junta de interesados en el riego para redactar nuevas Ordenanzas.

(1) En 1821 habían recobrado los regantes la administración del Pantano, y aunque en 1823 volvió al Real Patrimonio, en 1840 se restableció la Junta ó comisión de aquéllos, aboliendo el derecho del Patrimonio.

(2) El *Reglamento para el Sindicato de riegos de Lorca* (Lorca, 1848. En 4.°, 15 páginas) testimonia en su art. 19 la existencia de venta de agua á subasta, que deja subsistente, no obstante aquella Real orden.

(3) De este mismo año es la información abierta, de orden del Gobierno, por el Comisionado Regio de Agricultura D. Joaquín Roca de Togores, tocante al estado de la tierra y de los trabajadores y los medios de mejorar el cultivo. Sería muy interesante poder reunir todas las contestaciones dadas al Comisionado por los Alcaldes, Juntas de Agricultura y particulares á quienes se dirigió. Poseo el original de una de ellas, que contiene datos muy importantes referentes á los perjuicios que causa el agua vieja (con remisión á documentos oficiales del siglo XVIII), especulaciones que se hacían con su venta, distribución de la propiedad, medidas agrarias, jornales, etc. Traslado aquí el párrafo relativo á este último extremo, por ser de indudable importancia para los estudios sociológicos: «*Horas de trabajo de los labradores.*—El término medio es de 9 horas de trabajo; las de empezar y concluir varían mucho, según la estación, faena y aun capricho. El precio medio del jornal 80 cuartos en invierno y 36 en verano.—La comida ordinaria de los labradores en todos los pueblos y distritos rurales de este partido es pan de cebada ó maíz, cebollas, ajos, pimientos y tomates crudos, una sardina el día en que cavan ó hacen faena pesada, y los domingos y alguna noche entre semana, ensalada de nabo, col, acelgas, etc., cocidas. *De esta ley no se escapa en la actualidad ningún labrador* que no cuente otro recurso que la labranza del país. En los meses de Enero y Febrero de este año, formé la estadística del pan que se comía por persona en los pueblos y caseríos de la huerta de Alicante, y resulta

No se consiguió este propósito, y por otra parte las Ordenanzas de 1844 no dieron el resultado que se creía. Verdad es que tampoco daban resolución á la dificultad esencial. La Exposición de 1848 es un signo tan sólo de la agitación que en esa fecha se produjo entre los regantes, que aspiraban á una reforma. El Jefe político de la provincia se prestó gustoso á la variación de las Ordenanzas y consultó al efecto á la Junta de

---

ser 8 onzas y ½ de otra, de maiz ó cebada.—Los mozos de labor ganan de 30 á 34 cuartos, sin comida, y de 15 á 17 dándosela el amo; pero estos casos son los menos. Su comida en uno y otro, pan de cebada ó maiz, arroz y verduras.—Los obreros y trabajadores, no tan sólo no faltan, sino que sobran. Hoy día hay más de 2.000 en el Africa francesa y se van sin cesar, y á poderlo hacer por tierra, saldrian 10.000. En tiempo de siega salen para Andalucía, Extremadura y Castilla de 2.000 á 2.500.—Hasta hace poco tiempo el arrendamiento era todo á dinero: de 12 años á esta parte se hacen á dinero, á terraje, y aun se brinda con dar en arriendo por el solo pago de contribuciones. El precio medio de las tahullas de huerta en la de Alicante es de 30 reales vellón.; las secanas, de unos 5 reales. En las que se dan á terraje, el arbolado es á medias y el suelo ¼ el terrajero y una el dueño.» —«La faena á que se dedica la gente del campo á falta de trabajo, es labrar la tomiza de esparto *(filet)*, lo que proporciona el más hacendoso y diestro 6 cuartos en 18 horas de trabajo.» El autor de esta contestación es un propietario labrador, que vivía en el campo y tenía experiencia de sus condiciones. Conviene advertir que de 1848 acá han variado mucho las cosas. Hoy día todo el mundo come pan de trigo, y la proporción de las comidas calientes ha aumentado también. El aumento de las lluvias y las buenas ventas del vino han mejorado la situación. En cambio la tomiza (en cuya elaboración se ocupaban principalmente la mujeres), ha bajado enormemente de precio con la competencia de los espartos, pitas, etc., de otros países, y se fabrica en muy pequeña escala. Parte de los huertanos ejerce también la industria de la pesca, especialmente en la partida rural del Campello. Pescan en nuestros costas, y de Mayo á Julio en la N. O. de Marruecos (Larache, etc.), con buenos rendimientos muchos años.—El Sr. Roca de Togores redactó, en vista de las contestaciones recibidas, una *Memoria sobre el estado de la Agricultura en la Provincia de Alicante*, que fué impresa en el tomo VI (1848), del *Boletín oficial del Ministerio de Comercio* (págs. 213, 263, 350, 392 y 501). En el cuerpo de la Memoria no dice nada sobre el riego. De los *documentos y estados* que van en apéndice, el 6.° se refiere á este punto y cita los privilegios de 1252 (1290) y 1258 (1296). Nada importante dice del mercado de agua, sino es que se celebra los jueves (v. págs. 367 á 371). En el 7.° trata de los riegos de Elche, y en la parte relativa á la distribución diaria del agua debe confrontarse con el capítulo de Llauradó que se cita luego.—Trae muy poco de la condición y vida de las clases labradoras. En las páginas 515 á 517 incluye la lista de las personas que le ayudaron á formar la *Memoria*. La tahulla, según él, mide unas veces de 9 á 9 ½ palmos valencianos, y equivale entonces á 1.065 m. c. (10,65 áreas) otras de 81 á 90 ½ palmos valencianos cuadrados, y equivale á 1.108 m. c. ó 08 áreas. Cf. con lo dicho en la primera nota de este trabajo.

Agricultura, ante la cual se presentaron diferentes proyectos (1). Prevaleció uno, formado por D. Juan María Vignau (2), y conforme á él se redactaron las Ordenanzas que aprobó la Reina en 9 de Junio de 1849. Estas son las que hoy rigen, y en su virtud se disolvió la antigua Junta ó Comisión de regantes (3) y se constituyó un Sindicato, nombrado por el Gobierno. El Reglamento vigente de este Sindicato es de 24 de Enero de 1865 y está en relación con el Reglamento de riegos que corresponde á las Ordenanzas de 1849 (4); pero ya en él se concede á los regantes el derecho de elegir su Junta sindical.

El título I del *Reglamento para el aprovechamiento de las aguas* trata de éstas en general y contiene dos capítulos: uno *Del aprovechamiento* y otro *de la policía* de ellas. *El Reglamento para el Sindicato* dedica también su título I (sin capítulos) á las mismas materias, bajo la rúbrica *De la Huerta, de sus aguas y de su riego*. No discrepan en nada por lo que se refiere á la definición de los derechos, determinación de las aguas de riego, proporción entre la *vieja* y la *nueva* y de ésta con la tierra (5).

Resulta de todo ello que el agua distribuída entre particulares suma la cantidad de 1.038 horas y 15 minutos, correspondiendo 508,15 al agua vieja (en 338 $^{5}/_{6}$ *hilos*, á razón de una hora, 30 minutos por hilo), 19 horas de una especie de la

---

(1) Poseo copias y originales de varios, expresivos de las diferentes tendencias reinantes, cuya lectura interesa para la historia de la cuestión del Agua vieja.

(2) El Jefe político patrocinó otro; según parece, el de la Junta de regantes, que no pasó.

(3) Al ser disuelta, la Junta dirigió al Jefe político una Memoria expresiva de los actos de su administración, pidiendo permiso para imprimirla. Poseo el original.—En ella se alude á la Exposición de Mayo de 1848; al proyecto de Ordenanzas presentado al Jefe político y aprobado por éste, aunque luego prevaleció el del Sr. Vignau, sin duda por ser aquél hostil á los poseedores del Agua vieja; al interrogatorio del Comisario Regio de Agricultura Sr. Roca de Togores, contestado en 21 de Diciembre de 1848, á los trabajos de busca de nuevas de aguas y proyecto de pozo artesiano y otros más, cuyo conocimiento interesa á la historia del riego.

(4) *Reglamento para el aprovechamiento de las aguas del riego de la huerta de Alicante*. Alicante, 1877.

(5) El art. 1.° del Reglamento de riegos es igual al 4.° del del Sindicato; el 2.° al 5.°; el 25 (de que trataremos especialmente por referirse á la venta del agua) al 7.°

misma agua vieja llamada de *privilegio* (1) y 511 á la nueva, ó sea á los propietarios de las 30.660 tahullas de tierra que la tienen aneja á un minuto por tahulla.

Despréndese de estos datos la consecuencia de que el agua vieja es superior en cantidad (en número de horas) á la nueva; le lleva además ventaja en estar acumulada, puesto que habiéndose vendido siempre con separación de la tierra, hay personas que poseen varias horas de agua sin tener tierras en extensión proporcionada para el riego, sobrándoles, por tanto, mucha agua que pueden echar al mercado, mientras que los terratenientes de las 30.660 tahullas (2) sólo disponen de tantos minutos como unidades de esta medida de tierra sean de su propiedad.

II

Expuestos ya los antecedentes, veamos ahora cómo se practica hoy día la venta del agua, y cuáles son las causas inmediatas y las consecuencias de su mercado.

El libro de Aymard citado antes, es el único de los que conozco que expone con detención y claridad este punto curiosísimo (3), y á él puede todavía acudir el lector si quiere formarse una idea general de la manera como se hace el riego. Aymard estudió y comprendió perfectamente el *Reglamento para el aprovechamiento de las aguas*, que regía desde 1849; pero

---

(1) Concesión á un particular en el siglo XVIII, según Aymard y Llauradó. El Sr. Roca de Togores, en la *Memoria* citada, dice que este agua es de la Administración, y que en su tiempo subsistía (1848), sirviendo su producto para gastos de Administración (pág. 370). Hoy pertenecen á particulares las diecinueve horas de trabajo.

(2) Según la contestación al interrogatorio de 1848, de que nos hemos ocupado antes, las 30.660 tahullas estaban entonces distribuídas entre 2.008 propietarios. De éstos, 1133 tenían menos de 5 tahullas, 713 de 5 á 40, y 162 de 40 para arriba.

(3) *Irrigations du midi de l'Espagne, Études sur les grands travaux hydrauliques et le régime administratif des arrosages* (París, 1864, cap. 12, cuyo sumario es: Constitution de la propriété des eaux.—Vente des eaux.—Comptabilité des albalaes ou bons d'arrosage.—Distribution des eaux.—Llauradó (*Tratado de aguas y riegos*; Madrid, 1884, t. II, núm. V.—*Río Monegre*) sigue evidentemente á Aymard, y no añade nada nuevo en este punto.

á juzgar por lo que dice y por la fidelidad conque sigue el texto de esa ley, no tuvo otra fuente directa de información. Estoy casi seguro de que no asistió á ningún mercado de agua, ni á ningún acto del riego, porque de haber sido así hubiera advertido, en primer término, las diferencias que hay entre la *realidad* y el *texto legal*, y luego, muchos pormenores que faltan en su excelente estudio. Suministra éste muy bien los datos del derecho escrito; pero no los de la costumbre y menos los de la costumbre contra ley, que es la más interesante. En los párrafos que van á seguir se hallarán las rectificaciones que en estos particulares conviene hacer al capítulo de Aymard.

El riego se efectúa por períodos de 21 días, 15 horas, 7 minutos y 30 segundos en invierno, primavera y otoño, y de 14 días, 10 horas y 5 minutos en verano (de 24 de Junio á 29 de Septiembre). A estos períodos se llaman *tandas* ó *martavas*. En cada una de ellas corren normalmente por las acequias de la Huerta dos masas de agua que toman direcciones distintas por dos brazales diferentes, los cuales arrancan de un partidor común, al comienzo de las tierras de regadío (1). Cada una de estas masas de agua mide teóricamente «un pie en cuadro, medida de Burgos, con la velocidad media de seis pies por segundo» (2), ó sea 128 litros por segundo (7 metros cúbicos por tahulla ó 64 por hectárea (3), y se les conoce con el nombre de *kilas* ó *dulas*. Del volumen total de ambas corresponde parte á los propietarios del agua vieja y parte á los del agua nueva, en la proporción que más arriba se ha indicado. Cada dula lleva para su inspección y distribución un funcionario llamado *acequiero* ó *martavero*, que la sigue en todo su curso, así como

(1) A unos 10 á 12 kilómetros del pantano, según Llauradó.

(2) Art. 1.° del *Reglamento*.

(3) Aymard, loc. cit. Llauradó, ob. cit. I, párrafo del *Precio á que se paga el agua de riego*, etc., deduce 460 metros cúbicos por hora. No son seguras estas proporciones, porque en la práctica las dulas no llevan siempre el volumen que les corresponde. Casos ha habido en que ha tardado en regar una tahulla un propietario tanto tiempo como á otro ha bastado para regar veinte. Así lo dicen la citada Exposición de 1848 al Jefe político y la Memoria de la Junta suprimida en 1849. Estas irregularidades proceden de la falta de un buen regulador, é influyen, como es lógico, en la venta del agua. A lo menos influían en aquella fecha.

en el partidor principal hay otro *(repartidor)* para que las dulas sean iguales, y al frente de todos un *fiel*.

Pero no basta el título de propiedad para regar. Cada *martava* expide el Sindicato unos bonos ó cédulas, llamados *albalaes*, verdaderos títulos al portador, diferentes en color y sello según la tanda, y expresivos del número de ésta, del suyo propio, de la série y del año. Las séries son doce: de 1 hora, de 30, 15 y 10 minutos; de 7 minutos y 30 segundos; de 5, 4, 3, 2, 1 minutos y de 40 y 20 segundos (1), con lo cual se facilita la división del tiempo de riego y la venta del agua. En los ocho días antes de comenzar la martava acuden al Sindicato los interesados, por sí ó por delegación (2), para recoger los albalaes, y como en aquella oficina se lleva un libro-registro (llamado *giradora*) donde constan inscritos todos los propietarios de agua vieja y todos los de tierras á que corresponde el riego del Pantano, con minuciosa indicación de las horas, minutos etc., que á cada cual pertenecen, no hay peligro de que se se den albalaes á quien carezca de título para recogerlos (3).

Provisto ya de los albalaes, dispone el *Reglamento* que cada regante, para poder disfrutar del agua, los presente al acequiero ó *martavero*, sin cuyo requisito éste no les pasará el agua. Tal es el precepto legal (4) y así lo trasladan Aymard y Llauradó; pero no sucede así en la realidad.

Prescindiendo de los que poseen agua vieja, es fácil advertir que, no bastando ni con mucho el minuto de agua que corres-

---

(1) V. art. 8.° del Reglamento. Actualmente varían algo, según se trata de la temporada de invierno ó la de verano. De los colores sólo se usan algunos, no todos los que indica el Reglamento. En casos de sequía, como el agua disminuye, los albalaes valen la mitad.

(2) Esta delegación se hace á menudo á mujeres mandaderas que van de los pueblos, como los ordinarios, á la capital, para cumplir encargos de los huertanos. Mujer hay que saca los albalaes de diez y más regantes.

(3) La *giradora*, como lo llaman en el país, comenzó á llenar sus funciones en el siglo XVI. Es un verdadero registro de la propiedad del agua, donde anotan todas las transmisiones de ésta como en los registros ordinarios de propiedad inmueble.—Al sacar los albalaes se paga un ligero impuesto, ya reglamentación no nos interesa ahora exponer (V. arts. 28 y 29 del *Reglamento.)* Los albalaes extraviados se pueden denunciar para que los decomisen los martaveros si llegasen á venderse fraudulentamente.

(4) Art. 9.

ponde á cada tahulla para hacer su riego, el labrador se encontrará las más de las veces con un déficit de líquido.

Digo las más de las veces, y no siempre, porque como las necesidades del riego varían tanto según las épocas y la clase de cultivo, es raro que hayan de ser regadas en una misma tanda todas las tahullas de una hacienda. No siendo todas, sino algunas, y á veces pocas, los minutos de las que no se riegan se pueden acumular á las que han de regarse; pero ni aun así se cubre el déficit siempre. El resultado es que los labradores que no poseen agua vieja bastante tengan necesidad de adquirir, de otros que no rieguen, más albalaes. Para cumplir lo preceptuado en el art. 9, esta adquisición debería hacerse antes de regar, pero no es así: ya porque el labrador no tiene plan determinado del trozo de tierra que ha de regar con la antelación bastante para hacer el cálculo de los minutos que le faltan; ya porque no ha podido ó querido ir al mercado antes de que le tocara el turno, ó también porque, habiendo escasez de agua, en épocas de sequía, el volúmen de la dula no es suficiente, como lo sería en tiempo normal, con relación á los minutos que se poseen (1). Frecuente es, por ejemplo, que quien no pensaba en regar, se decida de pronto al ver el agua cerca.

Resulta de todo esto que el regante no puede presentar siempre los albalaes. Y como la realidad posee una fuerza incontrastable, el artículo del *Reglamento* no se cumple. No por esto resulta ninguna irregularidad. El martavero tiene la inflexible obligación de dar cuenta de su tanda á la Dirección del Sindicato en los tres días inmediatos al en que termine aquélla (2); esto se consigue, sin pérdida para aquel funcionario, con una leve modicación del citado artículo, á saber: que la presentación de los albalaes por los regantes se haga *después* de haber regado (pero no antes de que termine la tanda).

---

(1) La falta de un buen regulador hace que sea poco seguro el cálculo del volúmen de la dula en todas las *martavas*, como hemos hecho notar antes.

(2) El *Reglamento* exige algo más: que el acequiero dé «parte diario de toda el agua aprovechada en el día anterior, acompañando los albalaes que lo justifique»; pero claro es que esto no puede cumplirse. (V. art. 55, números 4.°, 7.° y 8.°)

El martavero tiene buen cuidado de anotar sobre el terreno, en su libreta, los minutos que riega cada cual. Para contarlos se usaban antes, como el *Reglamento* dispone, ampolletas ó relojes de arena; pero éstos ha caído en desuso, y ahora, por lo general, se mide el tiempo con relojes de bolsillo (1), confrontando el del martavero y el del regante. Con arreglo á estas anotaciones se liquida luego la cuenta de albalaes.

La liquidación se hace en el mercado de agua, que hemos nombrado ya varias veces, y respecto del cual podemos ahora entrar en más amplias explicaciones.

El Reglamento dice textualmente en su art. 25: «No podrá legarse, donarse, venderse, permutarse, empeñarse, arrendarse ni transmitirse de ningún modo cantidad alguna de agua vieja á persona que no tenga nueva, ni cantidad alguna de ésta separadamente de las tierras que la tienen anexa».

Lo mismo se lee, confirmando el precepto, en el art. 7.º del Reglamento del Sindicato. Uno y otro establecen como única penalidad la privación del uso del agua mientras permanezca en tal estado.

Pudiera parecer á primera vista que esta prohibición comprende, no sólo el derecho de transmitir la propiedad plena (el dominio) del agua, sino también su uso. Si así hubiera de entenderse, resultaría que los poseedores de agua vieja sólo tendrían prohibido lo uno y lo otro respecto de personas que no tuviesen agua nueva (2), mas para los que tuvieran de ésta última, la restricción sería mayor, puesto que se les obliga á no separar en manera alguna el agua de la tierra propia. El artículo, en rigor, no quiere decir esto. Tocante al agua vieja, está perfectamente claro, puesto que la prohibición es sólo con referencia á cierta clase de personas, lo que supone que á las demás puede transmitirse el dominio y el uso. Tocante

(1) Como no todos los labradores tienen reloj, es frecuente que el de uno sirva para muchos, prestándolo el propietario. Otros á quienes no alcanza este beneficio, se fían del martavero.

(2) Esta es la única limitación que han tenido siempre, desde el convenio y reconocimiento de derechos efectuado en el siglo XVI después de terminado el pantano. Parece que esto debiera haber producido á la larga la unificación de ambas aguas, pero no ha sido así.

al agua nueva, pudiera ofrecer dificultades de interpretación, porque si se tomara al pie de la letra, vendría efectivamente á prohibir también la venta ó cesión del uso. En la realidad no es así.

Al mercado acude lo mismo el agua vieja que la nueva, y con igual libertad pueden vender la suya los poseedores de la primera, como los de la segunda.

El Reglamento no menciona sino indirectamente el mercado, al decir, en su art. 15, que «cuando por abundancia de aguas no tuvieran éstas más precio *entre los particulares* que el de 10 reales vellón la hora, podrá mandarse cerrar el panta no». Este silencio de la ley reguladora de los riegos constituye al mercado en pura institución consuetudinaria, sin intervención ninguna oficial ni aun del organismo de la Junta de regantes. Se diferencia con esto del mercado de agua de Elche, y del de Lorca los cuales se celebran bajo la inspección de una especie de tribunal, consignándose también las ventas en un registro ó lista (1).

El mercado de la Huerta de Alicante se celebra todos los jueves y domingos en la plaza pública del pueblo de San Juan (2), por la mañana, al aire libre y sin ningún aparato exterior. Acuden allí con sus albalaes los poseedores de agua y conciertan entre sí las ventas y compras, en conversación ordinaria, sin voces ni pregones. Los dueños de agua vieja tienen siempre más cantidad que vender, puesto que no corresponde á tierra determinada; los del agua nueva sólo venden los minutos que les sobran de sus tahullas, si no han querido regar en la martava, para que otro los aproveche durante ella.

---

(1) Véase la explicación al por menor de estos mercados en Llauradó, obra citada, II, páginas 129 á 138, 280 y siguientes, y 260. Se diferencian también en la forma de la venta: en Lorca se hace por pública subasta. Véase acerca de Lorca los libros de D. José Musso y Fontes, *Historia de los riegos de Lorca*, y D. José Musso y Valiente, *Riegos de Lorca*.

(2) Hace años sólo se celebraba los jueves. (V. Roca de Togores).—Algunos labradores á quienes he preguntado, pretenden que el mercado público es cosa relativamente moderna, de unos treinta á cuarenta años á esta parte; y que antes las compras se hacían acudiendo individualmente á la casa del propietario ó regante de quien se sabía le sobraba agua. Pero otros dicen lo contrario, y lo cierto es que el Reglamento de 1782, al hablar de acaparadores y revendedores, hace suponer la existencia del mercado.

Los martaveros andan por allí cerca—en una taberna de la plaza constituída en oficina—y á ellos acuden los regantes para rendir cuentas de sus riegos.

El *Reglamento* no impone limitación de precio, ni de ninguna otra clase, á la libertad de contratar, salvo la que se desprende del mismo art. 25 y que confirma el 31, diciendo: «Nadie podrá vender más agua que aquella que como propietario, colono ó aparcero le pertenezca, bajo la pena de medio á cuatro duros.» Manifiestamente este artículo se dirige á impedir los monopolios y la reventa, así como el 25, en su primera parte, impide la intromisión en el mercado de terceras personas (corredores, agiotistas) que no sean poseedoras de agua nueva. Estas prohibiciones no se cumplen. La costumbre tradicional abusiva—aquella costumbre que ya pretendió abolir el Reglamento de 1782,—subsiste; y conforme á ella, los albalaes se acaparan en más ó menos cantidad, se transmiten indistintamente á unos y otros, y se revenden con libertad completa.

No tiene duda que este hecho ha de influir en el precio de la unidad de agua. Los especuladores, que suelen ser varios y no siempre los mismos, se entienden entre sí, finjen ventas para lanzar al mercado un precio por vía de prueba, y si ven que acuden compradores, niegan tener más agua para pregonarla luego, por otro lado, á precio distinto y más subido. Esto sucede muchas veces, y hasta han llegado á formarse, según se dice, sociedades (naturalmente *secretas)* para acaparar el agua y venderla con gran provecho; pero ocurre siempre que estas sociedades (á lo que he oído á naturales del país) concluyen por liquidar con pérdidas. Y es que, como dicen los labradores, «no hay quien entienda el mercado de agua».

Ciertamente que si se pudieran estudiar todos los factores que entran en él, se llegaría á determinar su ley económica; pero esto no es posible para un simple observador, ni aun para os que intervienen en el mercado de la parte de afuera de as especulaciones. Lo que sí puede decirse es que, caso aparte le este elemento, también variable y poco seguro, hay tantas tras circunstancias que de seguro influyen en el precio del gua de cada martava, que realmente se hace difícil predecir

sus fluctuaciones en los diferentes días de una misma tanda y aun en un solo día.

En efecto; el hecho fundamentalmente regulador para el precio, es que rieguen muchos ó pocos labradores, y esto depende, en primer término, del género de cultivo que cada cual tenga y que varía muchísimo. No todos los años se siembra igual cantidad de hortalizas, ni en el mismo punto, ni todos los años auxilia la lluvia en igual medida á los riegos. Los cálculos han de hacerse, pues, muy en el aire; y así ocurre, por ejemplo, que una de las dos dulas salidas á la vez del partidor principal adelante sobremanera á la otra, por encontrar en su curso muy pocos regantes; y como, terminado su recorrido, pasa á aumentar el volumen de la que aun dura, influye naturalmente en ésta, puesto que á mayor caudal menor tiempo de riego se necesita, etc. En suma; que sería preciso conocer perfectamente en cada martava qué cultivos existen en toda la Huerta, cuáles necesitan de riego entonces, y aun necesitándolo, si los dueños lo utilizarán ó no, para poder predecir la mucha ó poca demanda de albalaes. Si á esto se unen los fenómenos del acaparamiento, reventa, etc., secundarios cuando no hay gran sequía, quedarán explicadas las fluctuaciones que el precio tiene en cada martava y en cada día (1).

En las épocas de abundancia de agua el interés mercantil de esta Bolsa es escaso. Adquiere, en cambio, un interés altamente dramático en el fondo, cuando sobrevienen períodos de sequía. Entonces cabe notar la oposición esencial entre el agua vieja y la nueva, que resucita el recuerdo de pasadas luchas (2); entonces son posibles reventas y acaparamientos de pingüe ganancia; entonces sube el precio de la unidad de agua, no á 250 reales, tipo superior que fija el Sr. Llauradó, ni á los que indicaba el Reglamento de 1782 como cifras escandalosas, sino hasta 250 pesetas, que es el máximum de lo alcanzado, según testimonio de los labradores.

---

(1) Yo he visto, por ejemplo, en tiempo ordinario empezar á vender la hora á 4 pesetas, y á media mañana venderla ya á 15.

(2) Sólo el recuerdo, porque hoy día, aunque el labrador pobre murmure á veces, paga y no piensa en pedir reformas como las que en el siglo pasado y á mediados del presente se pidieron.

Para remediar estos males, ya hemos visto que se pensó en otros tiempos en dos clases de medidas: la tasa del precio (Reglamento de 1782) y la extinción ó redención del agua vieja. Esta última se intentó igualmente en Lorca, y es curioso leer las razones que los propietarios dan para defender el dominio particular del agua y separada de la tierra (1). No se consiguió en Lorca, ni tampoco, según sabemos, en la Huerta de Alicante. La última tentativa que aquí se hizo para regularizar el mercado consistió en la inclusión de un artículo en uno de los Proyectos de Ordenanzas que se presentaron en 1848, estableciendo el «fielato de ventas y traspasos de agua», y restaurando á la vez la tasa del Reglamento de 1782. El Fiel quedaba encargado de consignar en un libro-registro (como se hace en Elche y Lorca) toda venta ó traspaso, y los que no constasen así se declaraban nulos. No prevaleció este artículo, ni hubo de reflejarse su sentido en forma alguna en el Reglamento aprobado, y las cosas siguieron como hasta en tonces.

Por fortuna, la mayor humedad sobrevenida de algunos años á esta parte en la Huerta aleja por el momento todo peligro; y la traída de nuevas aguas por sitio diferente, que se anuncia como próxima, tal vez cambie dentro de pocos años en gran manera los términos de la cuestión económico agrícola de aquella localidad.

III

Hemos querido dejar para este sitio la indicación de la bibliografía referente á la historia de la cuestión que nos ocupa, porque sólo después de conocida esa historia en sus líneas generales puede comprender el lector el lugar que corresponde á cada fuente, la utilidad que de ella cabe sacar y las observaciones críticas que hemos de añadirles. Tampoco hubiera sido posible de otro modo hacer la debida distinción entre el proble-

(1) V. Llauradó, loc. cit., p. 241 2. La autorización concedida por el Gobierno al Sindicato de Lorca para estudiar el modo de redimir las aguas de dominio perpetuo y separado de la tierra, puede verse en la disposición 11 de la Real orden de 14 de Enero de 1848, publicada en el *Bol. oficial del Min. de Comercio*, 1848, t. I, p. 247.

ma capital del agua vieja—que es el que toca directamente á nuestro asunto—y otros, no menos graves sin duda, pero cuyo estudio no debe confundirse con el de aquél, ni sustituirlo ó relegarlo, como han hecho todos los autores modernos.

En realidad, poco podremos añadir ahora á las citas hechas, á medida que ha sido preciso, en los capítulos anteriores; pero agrupadas aquí y en cierto modo clasificadas, será más fácil su examen y aprecio.

Los móviles que principalmente han producido la literatura, referente á los riegos de la huerta, pueden reducirse á tres: la descripción é historia del pantano y su regulación en general; las cuestiones entre el agua *vieja* y la *nueva* de que nos hemos ocupado y que representan la lucha entre dos formas ó condiciones de la propiedad del agua, una según el principio (constante en las leyes) de la inseparabilidad de la tierra, y otra según el sentido de la separación, dando existencia substantiva á aquella materia; y finalmente, las discusiones, pleitos y conflictos surgidos con motivo de las primitivas concesiones de agua del término de Castalla y río Cabanes. De este último grupo de asuntos no hemos tratado aquí porque no interesa para nuestro objeto, pero lo tenemos que señalar ahora para evitar su confusión con el precedente. Los ribereños del río Cabanes no se han avenido nunca (desde las concesiones de Alfonso X) á dejar que sus aguas beneficien la huerta de Alicante. Han impedido, pues, repetidamente este aprovechamiento, ora distrayendo el agua, ora promoviendo pleitos (1): y claro es que siendo esta la raiz de los riegos, lo mismo antes que después de constituído el pantano, los alicantinos se han visto en la precisión de defender de todas suertes sus derechos. Sequela de estas resistencias de los ribereños del Cabanes han sido otras de los habitantes inmediatos del pantano por la parte de su desagüe (2): lo que se llama Monnegre; y también con

(1) El documento más antiguo referente á estas cuestiones parece ser la sentencia arbitral dada en 18 de Marzo de 1377, en la que se reconoce el derecho de Alicante á las aguas de Castalla y Onil. La trae Branchát, t. II, de *Documentos*, cap. VIII.

(2) Antes de llegar al partidor principal de la huerta, de donde salen las dos dulas.

estos ha sido preciso discutir y sostener litigios, aun en tiempos recientes (1877 y siguientes). Uno y otro orden de cuestiones parecen terminadas, ó por lo menos, permanecen en reposo hoy por hoy. En el largo transcurso de tiempo que han durado, era lógico que dieran pie á cuantiosa literatura, como así ha sido (2); pero no hemos de entrar en su examen sino para advertir que los autores antiguos solían mezclar, con gran confusión, el estudio de ellas con el de las referentes al agua *vieja*, y que los modernos, preocupados preferentemente por las primeras, han hecho caso omiso de las segundas: pudiendo extraviar, en punto al íntegro conocimiento de los problemas que el riego de la huerta ha suscitado en el transcurso de los siglos, al lector no advertido por otras fuentes de lo que aquellas omiten. Tal ocurre, v. gr., con la *Crónica de Alicante*, de Viravens, que por su fecha reciente será sin duda consultada á menudo.

La literatura referente al pantano en general, su fábrica y sus vicisitudes, es igualmente abundante. Escolano trata de él en su *Historia de Valencia*, lib. 6.º, cap. 2.º; Branchát lo hace, aunque brevemente, en su indicada obra; la *Colección de Reales Cédulas, órdenes y providencias dadas para el gobierno del Real Patrimonio del Reyno de Valencia* (1806), dedica su artículo 8.º (pág. 202) al Real Pantano de Alicante, y tiene interés (como el libro de Branchát) especialmente para el período en que el pantano perteneció al Real Patrimonio; Verdú escribió también una *Memoria sobre el Pantano, su importancia, la de aguas en general y daños de la ruína de aquél* (Alicante,

(1) A ella pertenece el *Discurso* de Verdú antes citado (aunque también trae datos como sabemos tocantes al agua vieja); un *Manifiesto histórico-legal de las especies y adquisiciones de agua que fluyen á la Vega de Alicante por el río nombrado de Cabanes*, etc., del propio autor (sin i. ni a., fol. 44, págs: hay dos ediciones); el *Manifiesto histórico legal de las aguas de riego de la huerta de Alicante*, por D. Juan Bautista Vergara (1789); y el *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio de Valencia*, etc., de Branchát, en su tomo I, cap. VIII, números 3, 4, 7 y 8, t. III, págs. 507 y 511 (documentos referentes á las cuestiones de Castalla, etc.); y el folleto *La Cuestión del pantano* (Alicante, 1877) que se refiere especialmente á la de Monnegre. La *Crónica de Alicante* varias veces citada trae también, en la sección que titula *El pantano de Tibi* (pag. 188), un nutrido resumen de todas las cuestiones producidas desde fines del siglo XVI hasta 1877. Llauradó, en su *Tratado de aguas y riegos* (I, pág. 274), entiende por *Cuestión del pantano*, la de Monegre (como escribe) Monnegre.

sin i., 1739) (1); Madoz, en su *Diccionario*, dedicó un artículo al Pantano, con datos que le suministró persona del país (2); el viajero francés Jaubert de Passà, en su *Voyage en Espagne dans les années 1816, 1817, 1818 et 1819 ou Recherches sur les arrosages, sur les lois et coutumes qui les regissent, sur les lois domaniales et municipales, considerées comme un puissant moyen de perfectionner l'agriculture française*, trata de riegos de la huerta de Valencia, pero nada de la de Alicante, aunque otra cosa pudiera creerse, juzgando por el índice (3); otro viajero francés ya citado, Aymard, dedica varios capítulos al estudio del pantano, estudio que es sin duda el más importante que existe, y al cual ilustran tres láminas (6.ª, 7.ª y 8.ª) comprensivas de varios grabados; Llauradó, en su *Tratado de aguas y riegos*, dedica parte del capítulo 13 del tomo 1.º (págs. 196 á 203) al pantano de Tibi, citándolo como uno de los más notables de España y describiendo minuciosamente su construcción, cabida, método de limpia y desagüe y demás pormenores técnicos (4). La *Crónica de Alicante* contiene igualmente datos (aunque menos que los relativos á las cuestiones con los ribereños del Cabanes) tocante á la cuestión é historia administra-

---

(1) Tomo la nota del *Ensayo biográfico, bibliográfico de escritores de Alicante y su provincia*, por M. Rico y A. Montero. La fecha de impresión me produce dudas, porque en 1739 estaba ya terminada la recomposición del pantano; pero como no he leido la *Memoria*, no puedo decidir en este punto.

(2) Tengo en mi poder las notas originales que sirvieron para ilustrar á Madoz. Las redactó persona de mi familia.

(3) Jaubert de Passà obtuvo la mayoría de los datos que trae su obra tocante á Valencia, del entonces Bayle del Real Patrimonio, D. Antonio Vives y Ciscar, y de otro valenciano, D. Francisco Javier Borrull, á quienes por cierto no menciona (V. el *Ensayo biográfico, bibliográfico de escritores de Alicante*, ya citado, I, 254). De la obra de Jaubert se hizo traducción castellana (que no figura en la reciente *Bibliographée des Voyages en Espagne et Portugal*, de R. Foulché-Delbosc., París 1896), con este título: *Canales de riego de Cataluña y reino de Valencia, leyes y costumbres que los rigen; Reglamentos y Ordenanzas de sus principales acequias: obra escrita en francés por Mr..... Traducida al castellano por el Sr. D. Juan Fiol..... Publicada y adicionada por la Sociedad Económica de Amigos del País*. Valencia, Benito Monfort, 1844; dos tomos en 8.º

(4) Sobre diversos particulares del riego, véanse los caps. 6.º (págs. 86 7 7.º (116) y el 5.º del tomo 2.º Otro trabajo del propio autor, publicado e francés (*Association française pour l' avancement des sciences*. Congrès d Toulouse, 1887. — M. A. de Llauradó..... *Les irrigations des terres arables en E pagne*, (8 páginas), no contiene nada aprovechable para nuestro tema.

tiva del pantano, con una lámina que representa el exterior de la fábrica. En punto á la historia administrativa, es de utilidad el folleto escrito y publicado en 1860 por D. Francisco de Estrada *(Reseña histórica sobre las aguas con que se riega la huerta de Alicante...)*, con el principal objeto de obtener que las aguas fuesen administradas por los propios regantes, cosa que se obtuvo con el *Reglamento* de 1865 (1). Ignoro si unos *Apuntes sobre el Pantano de Tibi* debidos á D. Tomás Muceros y premiados en el Certamen de 1882 por la Sociedad de Amigos del País de Alicante, se refieren á la fábrica y origen de aquel depósito ó á las cuestiones de Monnegre. No he hallado este trabajo ni en la Biblioteca provincial, ni donde mejor parecía que había de hallarse, en la propia Sociedad que lo premió (2).

El asunto menos favorecido es el mercado de agua y la cuestión entre la *vieja* y la *nueva*. Nada dicen de esto Escolano, ni Viravens, ni Jover (*Reseña histórica de Alicante*, 1863), ni ni otros autores de impresos que tratan de Alicante. Las únicas noticias son las que traen Aymard y Llauradó, incompletas en punto al mercado y todavía más en punto al segundo extremo. Verdad es que Verdú y Vergara aluden incidentalmente á él, y que Branchát trae documentos que se le refieren (como el Reglamento de venta del agua de 1782), pero ninguno de ellos lo aprecia en su conjunto, ni recorre la historia para notar sus diferentes fases (3). Hay, pues, que rehacer su estudio, utilizando los documentos oficiales á que nos hemos referido varias veces (Reales órdenes, Interrogatorios, etc.), las Exposiciones im-

(1) Según el *Diccionario de bibliografía agronómica* de D. Braulio Antón Ramírez (Madrid 1865), en cuya pág. 376 se registra el folleto de Estrada, éste contiene noticias sobre las prácticas de riego que existían antes del pantano.

El *Diccionario* es deficiente en lo que se refiere á la huerta de Alicante. No cita á Castell, ni á Vergara, por ejemplo.

(2) El *Diccionario de bibliografía agronómica*, cita á este autor por otros trabajos, y escribe su nombre Museros y no Muceros, como Rico, de quien tomé la nota.

En 1881, publicó en Alicante un Sr. Castells de Torreblanca un *Di histórico legal del riego de la huerta de Alicante*, que no he podido ver, aun presumo que trata, como el de Verdú, preferentemente, de las cuestiones astalla. La nota la he hallado en apuntes manuscritos que poseo de la ia persona que facilitó datos al Sr. Mados. No la traen los demás autores he consultado.—Branchát cita á un Trobat, *De effectibus immemor.*, que del priv. de 1252.

presas ó manuscritas y los muchos documentos de todo género que aún habrá sin duda, inexplorados, en el archivo del Sindicato, Junta de Agricultura, Bailiato de Valencia, etc.: cuidando siempre de distinguir las cuestiones y de no involucrar la de la venta del agua con las referentes á los ribereños del Cabanes y del Monnegre, así como con otras subordinadas, ó menos importantes, v. gr., la construcción del regulador, la modificación de los Estatutos de 1844, los descargos de la Junta suprimida en 1848, etc. (1). Aunque hoy día, según hemos dicho, no revista caracteres de lucha la oposición entre el agua vieja y la nueva, no es menos curiosa por esto la revisión de lo que en otros tiempos—y aun en fecha muy reciente—ha constituido un capítulo palpitante y dramático de la historia económica de la Huerta.

RAFAEL ALTAMIRA.

Julio Agosto de 1896.

---

(1) En nuestra exposición hemos prescindido de algunos puntos relativos al riego que no interesan directamente á nuestro propósito, tales como la formación de tercera, cuarta, etc., dulas, si hay agua abundante; los riegos por avenidas, es decir, fuera de dula, y otros particulares análogos. Véase para ellos el *Reglamento* y la *Memoria* de Roca de Togores.

SUSTRACCIÓN DE VALORES

El ilustrado escritor Sr. Romero de Tejada, tan ventajosamente conocido entre los jurisconsultos, se ha ocupado en determinar, en un artículo en esta REVISTA publicado, la calificación legal del delito que cometen los funcionarios de correos que abren pliegos de valores declarados y se apropian éstos, discutiendo si podría constituir infidelidad en la custodia de documentos ó malversación de caudales públicos, y decidiéndose por esta última solución.

Con todos los recelos y temores de errar que nos inspira el separarnos de la opinión de criminalista tan distinguido, juntamente con la escasez de nuestros conocimientos y la debilidad de nuestras fuerzas, vamos á permitirnos formular y sostener distinta tésis sobre la cuestión propuesta.

Trataremos de resolver el problema en el terreno del derecho constituyente y del que nos rige, como lo hace el articulista precitado.

Los delitos se especifican y distinguen entre sí, por razón de la diversidad de relaciones jurídicas que violan, pues siendo tales delitos en cuanto entrañan falta ó privación de conformidad del acto que los constituye con el derecho, y variando esta privación según la diferencia de los elementos particulares del orden del derecho, ó de las relaciones jurídicas, con las que no ó en armonía ó á las que ataque la acción, es manifiesto que, ín la distinción de aquéllas, será también la que haya re los delitos.

Veamos, pues, qué relaciones jurídicas viola ó infringe el

funcionario postal que se apropia los valores contenidos en un pliego al correo confiado.

El Estado no hace suyos estos valores al tomar sobre sí el riesgo de su pérdida ó sustracción.

Para ello sería preciso que el remitente quisiera desprenderse de su propiedad al confiárselos y el Estado aceptarla, y nada de esto se verifica. El que los envía considéralos siempre y en todo tiempo como suyos, y el Estado no hace más que asegurárselos, y no conocemos disposición alguna por la que asuma su dominio. Este sigue, pues, siendo de quien era antes, del que los remite, ó del destinatario, ó quizá de un tercero que no pensó siquiera en que habían de mandársele por medio tal, y por ello no pudo consentir en ceder y transmitir su propiedad al Estado.

Esto supuesto, es visto que la primera relación jurídica que viola el funcionario de que hablamos, es la que le liga con el dueño de los valores, y en la que es, como todos los demás hombres, término de su derecho de propiedad y obligado á respetarlo. No vemos bajo este aspecto diversidad alguna entre el delito cometido por el empleado y el perpetrado por un ladrón ó estafador cualquiera, como no sea el estar recargado con las negras tintas que le presta el abuso de confianza con que se realiza, faltando el oficial de Correos á la en él depositada por el remitente.

Pero es que se trata de un funcionario público, es que el sujeto activo del delito está además en otra muy diversa relación jurídica con el Estado, en la que viene obligado á cumplir fiel y honradamente los deberes de su cargo, y el Estado tiene derecho á exigirle que así los llene. Y el delincuente cuando estaba allí encargado de custodiar, remitir ó conducir el pliego, lo sustrae, lo abre y se apropia su contenido, quebrantando aquella relación jurídica, *siendo infiel* á las obligaciones que aceptara con el puesto que ocupa, y violando el derecho del Estado, causándole á la par el perjuicio de tener que indemnizar á la víctima del hecho.

Este filosóficamente considerado, nos ofrece, pues, un caso de los que los autores, v. gr., el Sr. Silvela, llaman concurrencia de delitos, pues es un acto que desconoce dos distintas relaciones jurídicas y viene á ser á la vez un hurto ó una estafa y una infidelidad en el cumplimiento de los deberes del cargo desempeñado por su sujeto activo, cometida con daño del público Erario.

Que el agente no viola derecho alguno del Estado sobre los valores es manifiesto, pues se demostró que no le pertenecen, y si fuera un particular, sólo delinquiría contra el propietario de ellos, no contra el Estado (1), según acertadamente resolvió el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de Enero de 1895, lo que se evidencia también comparando el hecho con el del que roba objetos asegurados por una empresa ferroviaria, que no lesiona derecho alguno de ésta, pues no le tiene en ó á los objetos dichos, sino sólo obligación de indemnizar á su dueño, la que no puede alterar las relaciones jurídicas de terceros con ella, y si el delincuente debe resarcirle lo pagado es como principal obligado para con el propietario, y supuesto el derecho del que paga por otro lo que éste realmente debe. En el Estado, respecto al funcionario hay, además de este título para el reembolso, la falta cometida por aquél contra el primero, que le obliga á reparar los perjuicios efecto de ella, lo que revela un distinto quebrantamiento ó infracción del derecho, además del cometido contra el del dueño, y por tanto, la existencia de otro delito fuera del que perpetraría el particular que así obrase.

No otra calificación merece el hecho, según nuestro Código penal. El que lo realiza, sustrae valores, ó si se quiere, *documentos* de crédito, que por su cargo público le estaban confiados, con daño manifiesto del Tesoro, que tiene que indemnizar á su due-

---

1) A no ser quizá como interceptador de la correspondencia, ó si, al batarla por la fuerza, puso manos en el funcionario que la llevaba á su ço (arts. 264, párrafo último y 275 del Código penal.)

ño, y por tanto, es reo de infidelidad en la custodia de documentos, según el art. 375, sin que obste que haya también perjuicio y hasta despojo de un particular y que los valores sean algo más que simples papeles ó documentos, pues bajo el aspecto del quebrantamiento de los deberes del funcionario agente, que es el que considera ese artículo, es decir, como falta en la custodia y remisión de la correspondencia, no hay diferencia esencial entre ellos y las demás cartas, certificados, etc., perteneciendo ese distinto carácter de los valores á otra faz de la cuestión, á la infracción del derecho del particular perjudicado. Porque, en efecto, el que tal hace se apropia los tan repetidos valores, ciertamente cosas muebles, que recibió, por razón de su cargo, para entregarlos á otros empleados y hacerlos llegar á su destino, por lo que en la acción concurren todos los elementos del delito de estafa, definido en el artículo 548, número 5.º Y así lo da á entender el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de Julio de 1887, que dice es reo de hurto ejecutado por medio de otro delito, el empleado que así procede, no pudiendo ser ese otro delito sino el del art. 375, pues como tal había calificado el hecho la Audiencia y el Tribunal halla buena la calificación, añadiendo sólo que debiera ser más grave, por la apreciación del hurto. Y nótese que en este caso el oficial no era el encargado de valores sino sólo de certificados, y por ello el Tribunal Supremo vió un hurto, mientras que á ser el primero hallaría la existencia de una estafa, pues entonces habría recibido el pliego por título que le obligada á cursarlo.

Hay, pues, dos delitos en un acto: estafa é infidelidad en la custodia de documentos.

No puede objetarse que no hay perjuicio del particular, pues este sufre, primaria y directamente, las consecuencias del acto delictuoso, y el Estado sólo indirectamente en cuanto ha de indemnizar á aquél, después de haber sido víctima de un evidente despojo de valores que le pertenecían. Además, el Estado percibe del propietario la cuota establecida por la obligación que sobre sí toma.

Tampoco obsta que el perjuicio de tercero vaya incluído, como uno de sus elementos, en el delito de infidelidad, pues el despojo de lo que es suyo que sufre el dueño de los valores es algo más que un simple daño; además de que ese mismo daño le pena el art. 375 sólo en cuanto resulta y agrava el quebrantamiento de los deberes del funcionario que le causa y no en cuanto viola el derecho del propietario; y porque el daño del Tesoro público que evidentemente hay en este caso basta para caracterizar la infidelidad, quedando el ataque á la propiedad ajena para dar vida á la estafa.

No puede, en cambio, calificarse el hecho de malversación de caudales, porque, según se probó, los sustraídos no son públicos, ni cuasi públicos, ni depositados siquiera por autoridad pública, sino sólo entregados por un particular á un funcionario público para que los remita á su destino. El art. 410 que cita el Sr. García Romero se refiere al caso en que se trate de valores, alhajas, etc., que el Juez entrega en depósito con motivo de la prevención de un abintestato, un embargo, ciertas tutelas ó usufructos, etc.

Y esto explica mejor la execración que llama sobre sí el funcionario que falta de ese modo á los deberes de su cargo y se convierte en un estafador, apropiándose lo ajeno con el más grave y feo abuso de confianza.

RAMÓN GAYOSO ARIAS.

Lugo, 12 de Septiembre de 1896.

LA CONMUTACIÓN DE LAS PENAS

ESTUDIADA EN EL DERECHO Y EN LAS LEGISLACIONES (*)

§ 3.—Sordomudez.

Sumario: 63. Fundamento racional de esta causa de conmutación de la pena. —64. Discordancias en las legislaciones.—65. Relación con el período de no imputabilidad.—66. Código penal italiano.—67. Motivos de sus disposiciones.—68. Paralelo con el Código sardo.—69. Consideraciones sobre la sordomudez congénita y la adquirida.—70. Continuación.—71. Legislaciones que no admiten conmutación para el sordomudo.—72. Continuación.—73. Examen comparado del Código belga y del de Friburgo.—74. Examen de algunos Código italianos, no vigentes á la sazón.

63. Viniendo ahora al estudio de las enfermedades físicas en sus relaciones con la imputabilidad penal, debemos advertir que le limitaremos á aquellas formas patológicas que, afectando á los sentidos externos, influyen directamente en la inteligencia y consiguientemente en la voluntad, haciendo incompletas y defectuosas las relaciones entre el mundo externo y las facultades psíquicas individuales y menos exactos, por consecuencia, los preceptos inherentes á estas relaciones; otras enfermedades que, á diferencia de éstas, afectan de un modo directo, ya transitoria ó bien permanentemente porque esta distinción nada significa, á los órganos intelectuales, serán el objeto de ulteriores investigaciones al llegar á las alteraciones mentales.

Notemos entre tanto, que la única forma de enfermeda

(*) Véase la pág. 463 del tomo 88, y 46 de este tomo.

física de los sentidos externos que puede relacionarse con la responsabilidad penal, es la sordomudez: en efecto, los que por naturaleza han venido al mundo con el aparato auditivo dañado de este defecto, no siendo, como no son, susceptibles de ponerse en comunicación completa con el mundo externo, no pueden llegar á concebir en toda su plenitud las ideas, y especialmente las abstractas de moral, derecho, deber y justicia. Siendo así, cualquiera de sus determinaciones intelectuales ó volitivas, proceden más del instinto que de la razón, y será racional, por tanto, hacer de estos estados una circunstancia atenuante de la responsabilidad, ya que la sociedad siente con menor intensidad la perturbación producida en el orden público por estos seres desgraciados. Las legislaciones, en efecto, han establecido una conmutación penal para los sordomudos.

64. Pero en la determinación de los criterios con que deba efectuarse este beneficio, no están conformes las prácticas legislativas. Mientras algunos Códigos distinguen al sordomudo de nacimiento del que ha llegado á este estado por enfermedad posterior al desarrollo integral de su razón, otros fundan la distinción, por el contrario, en el grado de instrucción que posean; algunos quieren que la disminución de responsabilidad no se base, tanto en el estado especial del sujeto agente, como en la naturaleza de su violación criminal; no faltan los que llevan la cuestión á probar la intervención ó la ausencia del discernimiento para absolver ó condenar después, habiendo, por último, algunos, como el francés, austriaco (1) y el de Zurich, que no contienen disposición alguna sobre la menor ó distinta penalidad de los sordomudos.

65. Observemos, ante todo, que los Códigos que han visto en la sordomudez un motivo especial para mitigar la responsa-

(1) Sin embargo, la jurisprudencia austriaca ha tenido siempre por no putables á los sordomudos de nacimiento y á los que quedaron de esta rte durante la infancia, protegiéndoles con la disposición genérica de la a, § 2. V. Frühwald: *Man. del Cod. pen. Austr.*, vol. 1, pág. 28.

bilidad y que al mismo tiempo aceptaron para los menores de cierta edad un período de absoluta irresponsabilidad, han debido por necesidad coordinar este período con el hecho de la sordomudez, extendiendo los efectos de aquél á ésta. Pasado el período de absoluta irresponsabilidad, encontramos en todos la nota común de plantear la cuestión de la prueba del discernimiento, puesto que aun las legislaciones que distinguen entre sordomudos con alguna instrucción y sordomudos sin ninguna, no dejan de proceder á esta prueba preliminar. En la medida de la pena, ó sea en la conmutación de la ordinaria, algunas legislaciones equiparan al sordomudo con el menor de edad; otras extienden á cada período de edad de éstos el beneficio que á los menores producen sus pocos años, y otras, en fin, conceden á aquéllos este favor sin distinción alguna de edad.

66. Expondremos primero el sistema del Código italiano:

Dice el art. 57: «no se procederá contra el sordomudo que al cometer el hecho no haya cumplido los catorce años; pero podrá aplicársele la disposición contenida en el aparte del artículo 53 (ver nuestro núm. 40), con facultad de ordenar que permanezca en un establecimiento de educación y corrección hasta los veinticuatro años.» El 58 dispone lo siguiente: «no se aplicará la pena al sordomudo que haya cumplido al cometer el hecho los catorce años, cuando no resulte que ha obrado con discernimiento. No obstante, cuando el hecho esté previsto en la ley como delito que lleve consigo los trabajos forzados ó la reclusión ó la prisión no inferior á un año, el Juez, si el sordomudo no hubiere cumplido aún los veinticuatro años, podrá aplicarle la disposición contenida en el aparte del art. 53, con facultad de ordenar que permanezca en el establecimiento de educación y corrección hasta los veinticuatro años. Si hubiese cumplido esta edad, podrá el Juez ordenar su entrega á la Autoridad competente para las providencias legales. Cuando resulte que ha obrado con discernimiento, si el sordomudo no hubiese cumplido aún los dieciocho años, se aplicarán las disposiciones contenidas en los apartes del art. 54; si hubiese cumplido los

dieciocho y no llegue á los veintiuno, se aplicarán las del art. 55; y si hubiese cumplido los veintiuno, se aplicarán las disposiciones del art. 56».

67. Como fácilmente se desprende de la lectura de estos dos artículos, el legislador italiano ha tomado por base para legislar sobre la sordomudez, el principio de que esta enfermedad impide ó disminuye siempre y en toda edad el desarrollo de la inteligencia. Son estas disposiciones la traducción práctica y positiva de aquella *duda* que Carrara encuentra siempre en los sordomudos, á saber: que siempre es posible sospechar que su desgracia tenga turbadas de algún modo sus ideas, é influya, por consiguiente, sobre su delincuencia (1). En este estado de cosas, es seguramente una estimable prudencia del legislador la de no imponer la penalidad ordinaria. Partiendo de estos conceptos fundamentales, el Código italiano gradua la pena de los sordomudos según la edad á que han llegado en el momento de cometer los delitos, tomando como modelo las subdivisiones que antes hizo para los menores; así, pues, el período de absoluta responsabilidad fijado para los casos ordinarios en los nueve años, se repite también para los sordomudos, pero prorrogándole hasta los catorce. Sin embargo, para no dejar indefensa á la sociedad contra los individuos peligrosos de esta clase, se establece su reclusión en establecimientos correccionales y de educación, reclusión que, mientras para los menores se limita á la mayoría de edad, para los sordomudos se extiende hasta los veinticuatro años. Desde los catorce se procede *siempre* con los sordomudos á la prueba del discernimiento. Si de ella resulta que no le hubo, se procede á asilarle en un establecimiento destinado á este efecto hasta los veinticuatro años, por medio, no del Juez civil, sino el que aplica la ley penal, facultándose desde los veinticuatro ios al mismo Magistrado para proceder con ellos como con los ıfermos de enfermedades mentales, porque entonces, como ob-

(1) Carrara: *Programma*, Parte general, § 247.

serva Impallomeni, el defecto del entendimiento no depende probablemente tanto de la falta de conocimiento ó inexperiencia de quien se ve privado de las funciones del oído y el lenguaje, como de otras morbosas que afectan al cerebro (1). Si resulta de la información que el delito se cometió con discernimiento en el período de edad de catorce á dieciocho años, se aplican las penas de los menores de nueve á catorce; en el período de dieciocho á veintiuno, las que estos últimos tienen desde los catorce á los dieciocho; y, en fin, desde los veintiún años se castiga *siempre* al sordomudo con la pena que tienen los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno.

68. Alguien ha dicho que la presunción sobre la falta de discernimiento de los sordomudos en cualquiera de las edades, se introdujo en nuestro Código conforme al sistema del de Cerdeña de 1859 (2). Para nosotros no es completamente exacta esta afirmación, porque si es cierto que este Código tenía en cuenta las condiciones especiales del sordomudo para producir el efecto de la disminución de las penas, no lo es menos que exigía en todo período de edad la prueba del discernimiento, y, por otra parte, no reconocía siempre, por el sólo hecho de la sordomudez, una circunstancia dirimente ó atenuante de la responsabilidad, sino que antes bien, la ponía dos condiciones: una de carácter genérico, á saber, que el sordomudo lo fuera de nacimiento ó por lo menos desde la infancia, y otra específica, que consistía en la demostración del grado de instrucción de cada uno (3). Parece que la Comisión Parlamentaria de 1888 estuvo de acuerdo en preferir la distinción hecha en los artículos 92 y 93 del Código penal en cuanto á la imputabilidad de los sordomudos, adoptando después las reglas de penalidad que en los artículos 53 y 54 contenía el Proyecto

(1) Impallomeni: *Il Codice penale italiano*, vol. 1.°, pág. 791, núm. 79.

(2) Id. id.

(3) V. arts. 92 y 93 del Código penal de Cerdeña.

Zanardelli de 1887 (1); sin embargo, la Comisión de Revisión no acogió tan unánimemente estas medidas y dejó intactas las bases del Proyecto Ministerial, al modificar tan sólo las modalidades referentes á la forma y duración de la custodia en los casos en que faltase el discernimiento, aplicando el apartado del art. 46 para estos casos y coordinando las diversas edades del sordomudo con las establecidas para los menores, con la prolongación de la mayoría hasta los veintiuno, acerca de lo cual ya tenemos dicho algo (2).

69. No faltó en el seno de la Comisión de Revisión quien defendiese la oportunidad de las disposiciones, ya citadas, de los arts. 92 y 53 del Código sardo, en cuanto distinguen al sordomudo de nacimiento ó que quedó así desde la infancia, de quien cayó en este estado posteriormente y en cuanto tienen en cuenta el grado de instrucción de cada uno. Defendió Nocito la primera distinción, y aun cuando fuera combatida con argumentos serios por Lucchini y Puccioni, es nuestra opinión que estos argumentos en nada disminuyeron la gravedad del problema. En cuanto á la segunda, tenémosla por superflua en las cuestiones de responsabilidad penal (3).

Haremos por cuenta propia el análisis de las disposiciones de los artículos 92 y 93 del Código penal sardo. La primera de ellas es, sin duda alguna, excelente, porque si la razón de no penar, ó de conmutar cuando se pena, habida en cuenta la sordomudez del imputado, consiste en la absoluta ausencia ó en la escasez de la inteligencia que no ha logrado su normal y completo desarrollo, esta es, efectivamente, la razón que se muestra tantas veces cuantas aquella enfermedad física, siendo congénita ó habiéndose adquirido en los primeros años de la vida, en que el sujeto no es susceptible de educación ni instrucción, ede considerarse, en su efecto de paralización del desarrollo

(1) *Relaz.* Villa pág. 102; *Relaz.* Pessina, págs. 69 y 70.

(2) *Verbali della Conm. di Revisione*, verb. 12, pág. 179-182.

(3) *Verbali* citado.

intelectual, como dependiente de la propia enfermedad de los sentidos (1). Distinta es la hipótesis del sordomudo que lo es por cualquier causa, desde edad adulta; en estos casos está menos justificada la atenuación de la responsabilidad, puesto que la enfermedad en cuestión, cuyas dos distintas manifestaciones no se relacionan entre sí como causa y efecto, si no existía en el período en que el hombre es ya capaz de ser educado é instruído, será ajena por completo al proceso de desenvolvimiento intelectual, sin que pueda invocarse por ello precisamente, como excusa del culpado.

Dada la redacción general de los artículos 57 y 58 del Código italiano, que no distingue unos casos de otros, parécenos que se corre el riesgo de aplicar la merced que contienen á situaciones que seguramente el legislador no quisiera proteger. La distinción olvidada por él, ha sido, sin embargo, acogida por el ilustre criminalista Tolomei (2), que escribe sobre este asunto lo siguiente: «En los casos de sordomudez acaecida después de haber pasado el período de pleno ejercicio y uso de la razón,

---

(1) No se conserva del derecho romano ninguna disposición especial para los sordomudos, aunque parece ser que se creía que el sordomudo podía obrar dolosamente como el delincuente. Sin embargo, la antigua práctica había reconocido la legitimidad de disminuir las penas graves, cuando los reos fueran sordomudos ó simplemente mudos de nacimiento. *Cum enim maleficia omnia ex re nascuntur, idest ex ipso facto (Instituta, de oblig. quæ ex del. nas.) facere autem dolose aliquid possint surdi et muti; consequens est eos neque infantibus, neque furiosis comparandos esse (arg. L. in quibuscumque, D. De oblig. et act.).—Idque etiam intelligere licet, quod Senatus consulti Silaniani pœna non remittitur muto qui eum posset opitulari domino aliter, quam clamore, id non fecit; aut surdo qui cum videret domino vim fieri eum non defendit (L. 3, surdus quoque et seq., D. de S. C. Silan.).—Si tamen surdus simul et mutus quis natus sit, quia a teneris destitutus fuit eo sensu quo præcipue proficimus, gravioris pœna gratia fieri posset tamquam parum intelligenti honestorum turpiumque discrimina.* De la sordomudez de nacimiento como causa para absolver del delito ó de disminuir la pena, ha tratado Bohemero: *ad Carpzov-Quæst.*, 147, obs. 1.ª (Mattei, *De criminibus*, prolegómenos, capítulo 2.º

(2) *Diritto e Procedura penale*, n.º 1067.

no es posible decir que este defecto físico pueda producir por sí solo una alteración en las facultades intelectuales y volitivas. La falta de la audición y del lenguaje, no impedirá que se conozca y se quiera lo que se hace. Estos sordomudos, por consiguiente, son capaces de responsabilidad.» El mismo autor se propone después la cuestión de la influencia indirecta de la sordomudez en la inteligencia y voluntad en estos casos de que acaba de hablar, cuestión que resuelve diciendo que en ellos deben aplicarse las reglas que rigen los de imbecilidad ó debilidad de espíritu, ya que en ellos la sordomudez, si no es la causa determinante de una situación anormal de la inteligencia, puede ser, sí, la contingente de algunas manifestaciones singulares que habrán de examinarse, caso por caso, en la práctica.

70. Inútil, ó superflua por lo menos, nos parece la segunda distinción del Código de Cerdeña entre el sordomudo que sabe leer y escribir y el que ignora entrambas cosas. Advirtamos antes de exponer nuestras razones, que la condición de saber leer y escribir quería significar en el Código la posesión de una instrucción general. Para nosotros, sólo hasta cierto punto es admisible que la tal instrucción tenga alguna influencia en el desenvolvimiento intelectual. Pero el interés y la importancia relativa que pudiera tener esta investigación, desaparece cuando se considera la dificultad casi insuperable de poder apreciar hasta donde se ha aprovechado el sordomudo de la instrucción indicada, y de si este aprovechamiento ha llegado á producir en su mente un concepto exacto de los deberes morales y jurídicos. Nada significa, por consiguiente, señalar como criterio para la gradación de la responsabilidad la circunstancia de saber leer y escribir, porque, como dice Carrara (1), *la responsabilidad no nace de la instrucción que se ha recibido, sino del resultado de las luces adquiridas mediante ella*. En cuanto á nosotros, añadiremos, que si hay medios suficientes para llegar á averiguar el grado de provecho sacado de la instrucción, lo son úni-

(1) *Progr.*, parte general, § 246.

camente para lo que se refiere á sus efectos materiales y sensibles, pero dificilísimos y casi de imposible aplicación cuando se los lleva á la concepción de las ideas abstractas. Con esto queda demostrado que este engañoso criterio no puede servir de base para determinar el grado de la responsabilidad penal.

71. Hemos dicho que algunas legislaciones no han hecho de la sordomudez una causa específica para eximir de responsabilidad ó conmutar la penalidad ordinaria. Además de las que ya hemos apuntado, es decir, además de la francesa, la austriaca y la de Zurich, carecen de disposiciones sobre la sordomudez los Códigos Holandés, Ginebrino, el del Cantón de Berna, el de Vaud y el Español (1). Entre los anteriores á la uni-

---

(1) En efecto, nuestro Código penal común no exime ni atenua la responsabilidad, ni conmuta la pena á los sordomudos; antes bien, la jurisprudencia viene declarando que «no constituye exención de responsabilidad la la sordomudez, por no ser equiparable á la imbecilidad y á la locura.» (S. 12 Abril 1893.) En cambio, el Código penal de la Marina de guerra, á pesar de su más riguroso espíritu militar, comprende entre las causas eximentes de responsabilidad criminal, conjuntamente con el mayor de nueve años y menor de quince, al sordomudo, pero con todas estas condiciones: *a)* que lo sea de nacimiento; *b)* y menor de dieciocho años, y *c)* que haya obrado sin discernimiento (núm. 3.° del art. 10). Es este un concepto sumamente particular y extraño, y menester es decirlo, falso é injusto como pocos. Llevado por un deseo de enérgica represión, éste Código supone: *que un sordomudo a)* DE NACIMIENTO, *b) completamente* ANALFABETO (porque el artículo después de amontonar tantas condiciones, se olvida de una de bastante mayor importancia que la segunda establecida por él, la de saber leer y escribir), y *c)* MENOR DE DIECIOCHO AÑOS, *puede obrar con discernimiento.* Las consideraciones hechas por el autor del trabajo que voy anotando, me excusan de criticar esta disposición. El origen del artículo en cuestión, cuyas disposiciones han reproducido el Proyecto de Código penal de la Academia de Jurisprudencia de Madrid y otros documentos puramente dogmáticos, se debe á haber querido asimilar en todo lo posible (pues hasta se colocan en un mismo párrafo, unidas por una conjunción) la sordomudez con la minoría de edad.

Por último, cuando no concurren en el sordomudo todos los tres requisitos necesarios que eximen de responsabilidad criminal, pero sí uno ó dos de ellos, exceptuando el que se refiere á la intervención del discernimiento, porque este produce una condición especial, la circunstancia que sería exi-

ficación política de Italia, callan también sobre la materia el Código de las Dos Sicilias y el Reglamento Romano. No sabemos, en verdad, cual haya sido el motivo de esta omisión que se refiere á la honda y directa influencia que la enfermedad física de que nos ocupamos ejerce sobre el estado intelectual del culpable. En la *Teoría del Derecho penal* de los Sres. Chauveau-Hèlie (1), hallamos una seria crítica del Código francés que, teniendo la presunción de inocencia para los menores de edad, no ha querido extenderla á los sordomudos. Dicen estos autores que aquellos desgraciados, desprovistos casi siempre de educación, se encuentran en un estado incompleto de desarrollo de las facultades mentales; que su inteligencia es tan limitada y confusa, que ni siquiera recibe las lecciones que poco á poco iluminan la infancia; que las nociones del bien y del mal, como las relaciones del delito y la pena, sólo muy difícilmente llegan á su espíritu; y que, aún cuando recibieran el beneficio de una maravillosa educación por parte de la sociedad, sólo contadas veces llegarían al grado de desenvolvimiento intelectual que permite la percepción de las ideas abstractas como *derecho*, *obli-*

---

mente si fuera acompañada del otro ú otros requisitos, se convierte en atenuante. Pero es de advertir que esta circunstancia atenuante, puede á veces no ser apreciada. Sabido es, en efecto, que en el Código penal de la Marina de guerra, las circuntancias, tanto atenuantes como agravantes, pueden clasificarse en *necesarias* (impuestas *siempre* por la ley) y *discrecionales* (reservadas al prudente arbitrio de los jueces). Ahora bien, la de que nos ocupamos pertenece á este grupo último (núm. 1.° del art. 18). Finalmente, la teoría de la sordomudez en el Código penal de la Marina de guerra se completa con esta disposición de su art. 84: «A los menores y sordomudos comprendidos en el núm. 3.° del art. 10 (de nacimiento y de menos de dieciocho años) que no se hallen exentos de responsabilidad por haber declarado el Tribunal que obraron con discernimiento, se les impondrá una pena discreccional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos, á la señalada al delito.» En cuanto á la aplicación de la pena á los sordomudos que, por no serlo de nacimiento ó por ser menores de dieciseis años, no fuesen declarados irresponsables, rigen las reglas comunes de aplicación de las penas en relación con las circunstancias atenuantes y agravantes (arts. 17-21).—*(N. del T.)*

(1) Chauveau Hèlie, vol. I, p. 220.

gaciones, etc., y de la ciencia de los deberes sociales. Demuestra, finalmente, la experiencia, que los sordomudos son coléricos, casi furiosos, de tal suerte, que las más leves excitaciones les hacen perder el imperio sobre sí mismos, y que de estas disposiciones, ninguna educación puede apartarlos por completo. Concluyen, pues, diciendo: de estas consideraciones resulta que la enfermedad del sordomudo modifica profundamente su responsabilidad penal, y que, por consiguiente, sería muy justo que se propusiera también para ellos la cuestión del discernimiento (1). Creemos que no pueden resumirse mejor todas las razones que concurren á modificar el criterio de la penalidad para los sordomudos.

72. Pero mucho más extraña es la disposición que leemos en el Código alemán. El párrafo 58 dice sencillamente: «El sordomudo, privado del discernimiento necesario para comprender la punibilidad de sus acciones, debe ser absuelto.» Aplicando este mismo razonamiento, se podría decir, por consiguiente, que cuantas veces asista el discernimiento en las acciones de los sordomudos, deben ser juzgados y sentenciados por las reglas comunes. Este razonamiento no nos persuade ni satisface. Una vez que el legislador se ha ocupado de la sordomudez como de causa que puede alterar las normas comunes de la responsabilidad, no es posible limitar su aplicación tan sólo á los casos de *absoluta* falta de discernimiento necesario para comprender la penalidad de los hechos. Es la fórmula de-

(1) Contra el buen sentido de estas razones, nada significa lo que dice Dallos (*Repertoire*, XXXV; núm. 898); á saber: que la *surdimutité ne peut pas être assimilée à la demence; par elle même elle n'ét point exclusive de la raison, de l'intelligence du bien et du mal; par consequent elle ne met point obstacles á la application des lois repressives.* Como se vé, Dallos sólo tiene en cuenta un lado del problema, el de la imputabilidad absoluta; por lo mismo no resuelve la cuestión por demás grave, de si por causa de esta enfermedad la inteligencia concurre siempre en su estado normal, debiendo aplicarse entonces las reglas penales comunes, ó si, por el contrario, debe establecerse la presunción que legitime ó imponga un tratamiento especial para los sordomudos.

masiado vaga, y su contenido nada de especial tiene qué pueda aplicarse á la sordomudez con criterio de necesaria conexión. Dada su amplitud, lo mismo puede aplicarse á los delitos cometidos en el arrebato de la pasión, que á los realizados en es tado de embriaguez, que á todos, en fin, los que se verifican en momentos en que la inteligencia de los culpables *no puede darse cuenta de la punibilidad de sus acciones.* Pero, aparte de esto, el lado deficiente de la fórmula, rechazada por nosotros por las ya dichas razones, es el de suponer la posibilidad de una información segura y completa del elemento intencional, ya se trate del sordomudo, ya de cualquier otro imputado. Con una referencia á la teoría expuesta en otro lugar de este estudio, podemos decir que esta información, siempre y necesariamente defectuosa por las condiciones defectuosas también del sujeto que la ha de sufrir, jamás autorizará á nadie para tener como segura y completa la prueba de la importancia moral que en la conciencia del sordomudo tienen sus propias acciones, y mucho menos á aplicarle, en consecuencia de ella, las reglas comunes de la penalidad. Estas dudas é incertidumbres son, en efecto, las causas que llevan á muchas legislaciones á reputar siempre al sordomudo como ser intelectualmente imperfecto, y á favorecerle consiguientemente con conmutaciones de las penas, aun cuando sea mayor de edad y aun cuando de resultas de un examen delicadísimo se pudiera llegar á descubrir la intervención del discernimiento. Una vez, sin embargo, que la legislación alemana no ha visto en esta enfermedad física, motivo para especiales investigaciones de responsabilidad penal, debiera, para ser consecuente con sus principios, seguir hasta sus términos el camino comenzado, fijando castigos especiales para los sordomudos aun en los casos en que existiendo pleno discernimiento pudiera éste legitimar la aplicación de la ley. Otro tanto decimos del Código húngaro, cuyo art. 88, en analogía con el alemán, no pide otra circunstancia para la penalidad de los sordomudos, que la intervención del discernimiento.

73. En cambio, la legislación belga dedica más atención á la sordomudez. En efecto; mientras, como tenemos visto, no ha exceptuado á los acusados de condiciones ordinarias de la investigación del discernimiento, impuesta por el art. 72 aun á los menores de dieciséis años, para los sordomudos ha establecido un período de absoluta irresponsabilidad que comprende hasta los dieciséis. El art. 76 dice: *Lorsqu'un sourd muet âgé de plus de seize ans accomplis au moment du fait, aura commis un crime ou un delit, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté.* Como se ve, se exceptúa al sordomudo hasta los dieciséis años de la información del discernimiento, y, consiguientemente, de la posibilidad de toda pena. Dispone después el mismo artículo que si el sordomudo obra con discernimiento, se le apliquen las conmutaciones y disminuciones de pena que los artículos 73, 74 y 75 contienen para los menores de dieciséis años, tratándole como á los acusados comunes sólo en un caso, que es el de las penas establecidas para asegurar la percepción de los derechos fiscales, aplicables á todo reo sin distinción de edades ni condiciones especiales (art. 100 del Código belga).

74. El Código del Cantón de Friburgo distingue con mucha exactitud, en el art. 65, entre sordomudos de nacimiento ó desde la infancia, y sordomudos que lo son desde edades mayores; sólo á los primeros concede un beneficio especial, disponiendo que cualquiera que sea su edad se debe proceder á examinar si disciernen el bien y mal de sus acciones; si efectivamente poseen este discernimiento, se les aplica la conmutación de pena fijada para los mayores de doce y menores de dieciséis años.

El Código del Cantón de Valais se ocupa de los sordomudos natos y de los que lo son desde la infancia y de los sordomudos ya instruídos; sólo á los dos primeros concede el beneficio derivado de su enfermedad, no á los segundos, y en el art. 95 dispone que sean siempre aquéllos sometidos á la prueba del discernimiento, aplicándose, cuando se demuestre la no exi-

tencia, las conmutaciones fijadas para los menores de edad entre catorce y dieciocho años. Para los que saben leer y escribir, el beneficio se limita á una reducción de la pena en la mitad de la ordinaria.

Añadiremos, por último, las disposiciones del art. 52 del Código del Cantón Ticino, según las cuales, los sordomudos menores de catorce años no son imputables; los de catorce á dieciocho se equiparan á los menores de catorce, aplicándoseles las penas del art. 50; los de dieciocho á veintiuno á los jóvenes menores de dieciocho y mayores de catorce, y los mayores de veintiuno á los ordinarios menores de veinte años.

75. Si hemos de completar esta reseña de las legislaciones, no debemos olvidar las disposiciones de los Códigos de Parma, Módena y Toscana. Decía el art. 62 del de Parma: «Cuando se trate de sordomudos, ya de nacimiento, ya desde la infancia, se procederá siempre, cualquiera que sea su edad, á la información de si obraron ó no con discernimiento; cuando de ella resulte que obraron con discernimiento, se equipararán á los menores de quince años.» Otro tanto se hará con los sordomudos educados en las escuelas si al tiempo de cometer el delito no hubiesen cumplido dieciocho años.

Código Estense, art. 62: «Los sordomudos que no hayan cumplido catorce años se equipararán á los menores de diez.— Art. 63, § 1: Cuando se haya cometido un delito por algún sordomudo mayor de catorce años, el juez hará declaración expresa de si se verificó con ó sin discernimiento. § 2. Si el sordomudo obró sin discernimiento, se le entenderá equiparado al menor de diez años. § 3. Si el sordomudo obró con discernimiento, pero es menor de dieciocho años, se le tratará como á los menores de catorce mayores de diez. § 4. Si el sordomudo obró con discernimiento y es menor de dieciocho años, se le quiparará al menor de catorce años mayor de diez. § 5. Si el ordomudo obró con discernimiento y es mayor de edad, incurirá en las penas de los mayores de catorce años, menores de ieciocho.»

Por último, el Código Toscano disponía en los artículos 40 y 41 medidas muy semejantes á las del Código Estense, tanto en lo que se refiere al período de inimputabilidad, como en lo relativo á los límites de la edad en que se ponía la cuestión del discernimiento, con la sola diferencia de prorrogar el período de inimputabilidad hasta los doce años. Por lo demás, el Reglamento de policía punitiva nada disponía sobre la sordomudez en cuanto á las contravenciones.

§ 4.—Alteraciones mentales

Sumario: 76. Fundamento jurídico de la imputabilidad penal.—77. Responsabilidad atenuada ó semi-imputabilidad, como base de conmutación penal.—78. Enunciado de la cuestión.—79. La responsabilidad atenuada (semi-imputabilidad) en el Código italiano.—80. Crítica.—81. Estudio del derecho romano.—82. Derecho intermedio.—83. Transición al período de codificación.—84. Derecho moderno.—85. Continuación.—86. Análisis de los artículos 46 y 47 del Código italiano.—87. Razones de la conmutación establecida por ellos.

76. Parece indudable que no puede cometerse delito sin el simultáneo concurso del elemento material é intencional. Siendo así, cualquier circunstancia que altere ó modifique uno de ambos, influirá necesariamente en la esencia del acto delictuoso, cambiando las relaciones jurídicas del hecho con la ley, y aun rompiéndolas y haciéndolas cesar á veces. La acción de la ley penal está circunscrita á las consecuencias externas y sociales del delito; por esto la es imposible penetrar en los dominios de la conciencia para reprimir las simples intenciones delictuosas á que no ha seguido ningún hecho material, como tampoco puede culpar los hechos materiales á que no ha presidido la voluntad é intención de delinquir.

77. Sentado esto, es indudable que la absoluta falta del entendimiento, eliminando los elementos usuales de cualquier hecho que tenga figura de delito, forma el vértice y cúspide

de las causas eximentes de responsabilidad penal. No nos ocuparíamos de ella por lo mismo, si algunas legislaciones no hubieran establecido una forma de conmutación de las penas para los casos en que no siendo aquel concurso absolutamente completo, ni absolutamente deficientes al mismo tiempo la inteligencia y la voluntad, la acción aparenta tener alguna relación con elementos intencionales, parcialmente imputables por lo menos. Se trata, en una palabra, de la aplicación de la teoría de la semi-responsabilidad; teoría, según la cual, se admite un estado de responsabilidad incompleta y se gradúan de cierto modo las viciadas condiciones intelectuales del agente, atribuyendo á cada grado de responsabilidad atenuada un grado distinto de la pena. Tanto en la ciencia como en la legislación, esta teoría está muy discutida. No faltan en la ciencia autores que tienen por imposible la gradación de las condiciones patológicas de la inteligencia, y por irracional hablar de penas en relación con ellas. En cuanto á los Códigos, los de Francia, Bélgica, Alemania, Hungría, Zurich, Ginebra, Holanda y Nueva York, son ejemplos de los que no admiten la teoría de la semi-responsabilidad.

78. Brusa ha resumido en su *Introducción al Código penal de Zurich*, la gravedad de la cuestión y los problemas principales que surgiere. «Uno de los puntos en que la ciencia, aun la más progresiva, está acorde, es base del sistema de este Código cuando omite todo precepto especial de *responsabilidad atenuada*. Nuestros proyectos italianos van por otro camino, pues han creído preferible estudiar las limitaciones y disminuciones de la conciencia y libertad de obrar, para establecer, en orden á las mismas, una atenuación y disminución proporcionadas de las penas, en virtud de las cuales se va produciendo por causa de enfermedad mental de los reos, el cambio de la reclusión, por ejemplo, en relegación, prisión y arresto en las casas de custodia (1). El origen de esta diversidad de sistemas proviene, en

(1) Aun cuando la introducción de Brusa al Código penal de Zurich, ha

esta como en otras muchas cuestiones, de la diversa manera de apreciar si es conveniente ó no poner limitación y tasas al arbitrio judicial. En Alemania, por ejemplo, donde se decidió la cuestión en el sentido de que, aun sin necesidad de grandes limitaciones, todavía otros medios podían asegurar al imputado y á la sociedad de la arbitrariedad judicial, rarasveces se encuentra aceptado aquel principio en sus disposiciones legislativas. Esta es también la razón de que, aun no dedicando el Proyecto Benz á este asunto más de una sola disposición (§ 40), y ésta del mismo género que las de los Proyectos italianos, es decir, estableciendo conmutaciones, pero sin sentar un límite fijo de disminución de las penas, fuera desechada por la mayoría de votos de la primera comisión examinadora del proyecto, que, fundada en los dictados de la ciencia médica, no creía que jamás pudiera darse la responsabilidad disminuida ó semi-responsabilidad, opinando, en cambio, que los estados designados con este nombre podían y debían ser apreciados por los jueces no más que como circunstancias atenuantes. Acabamos de invocar la doctrina médica; pero he aquí que, partiendo de ella misma, los compiladores del Proyecto italiano de 1870, afirman que suprimir la gradación en cuestión, produciría serios inconvenientes prácticos, y que su utilidad está plenamente demostrada con los ejemplos de Códigos vigentes que mantienen la idea como medio de oportuna transación entre el derecho estricto, demasiado riguroso, y los intereses sociales. Se puede, sin embargo, contestar á este razonamiento, que no es la política el mejor campo para resolver cuestiones como esta, esencialmente jurídicas. ¿Hay ó no hay un término medio entre la responsabilidad y la irresponsabili-

---

biéndose publicado en 1873, no pudiera hacerse cargo de los trabajos preparatorios del Código penal italiano posteriores á aquella fecha, aun siendo así las observaciones que el autor hace sobre el asunto siguen siéndonos aplicables, dadas las disposiciones del art. 47 del texto definitivo, que en su lugar examinaremos.

dad? La medicina le niega, puesto que niega también la posibilidad de una inteligencia viciada en uno solo de sus puntos ó aspectos, y sana en su sustancia completa é inmaterial. Es, en fin, una cuestión gravísima» (1).

79. Uno de los más recientes conmentaristas de nuestro Código penal, escribe lo siguiente á propósito de la semi-responsabilidad tal como está comprendida en el art. 47: «Hay hombres que no están del todo sanos ni tampoco enteramente enfermos de la mente. Encuéntranse estos seres en un estado intermedio, en la *zona neutra*, como dice Maudsley, zona que en uno de sus confines contiene un algo de locura y mucha perversidad, y que en el límite opuesto presenta las mismas notas pero en cantidades invertidas: menor perversidad y mayor locura *(Le Crime et la Folie*, París, 1874). Este es precisamente el estado intermedio que el Código penal preve en el art. 47 como una situación de responsabilidad atenuada. Según este artículo, las enfermedades mentales eximen de responsabilidad ó la atenuan porque privan ó disminuyen la conciencia y libertad de obrar *(libertad de obrar disminuída).*

En el estado actual de la ciencia, no es difícil concebir un estado intermedio en la conciencia; pero sí hay graves dificultades en lo que se refiere á la acción. Tamassia, por ejemplo, al explicar la fórmula *posibilidad de obrar de otro modo* del Proyecto de 1887, dice que una *posibilidad relativa* carece de sentido en la psiología, y que otro tanto se puede decir de la *libertad de las propias acciones*, cuyo significado no es muy distinto del de la forma anterior. Pero no es menester, á pesar de todo, admitir una gradación de los impulsos morbosos, parecida á la que admitimos entre los caracteres voluntarios y reflejos de las acciones. Por obra de ciertos impulsos, la voluntad queda enteramente anulada y los movimientos producidos por los son completamente automáticos; en todos estos casos fal-

(1) Brusa, *Introduzione al Codice penale Zurighese*, págs. 88-89.

ta el vínculo entre la conciencia y la actividad. Pero hay también otros impulsos que, sin suprimirla, debilitan la voluntad, de tal modo, que, después de haber luchado algún tiempo con el movimiento criminoso, acaba por ser vencida y consentirle; en estos otros casos la acción no es completamente automática, sino que tiene algo de voluntariedad» (1).

80. En cuanto á nosotros, hubiéramos deseado que el Código italiano no recogiera la herencia del art. 95 del Código de Cerdeña. Siendo tan problemático y dudoso el trazado fisiológico de la línea que separa la plenitud absoluta del estado parcial del entendimiento en la consumación de los delitos, aun estando aquella facultad alterada por causas patológicas, y careciendo, por lo mismo, el Magistrado de una base científica, objetiva y segura para fijar el grado de responsabilidad del agente, pensamos que no es del todo conveniente que dichos estados imperfectos del entendimiento puedan tomarse en ningún caso como dato de responsabilidad penal. El mismo Impallomeni al continuar examinando esta cuestión, defendida por él, sin embargo, no puede menos de observar que «lo poco ó mucho que se entre en la locura se está fuera del derecho penal y dentro del manicomio». Este es precisamente nuestro pensamiento, convencidos, por otra parte, como estamos, de que en la práctica, aun para los jueces y magistrados más ilustrados y concienzudos será imposible apreciar los límites de la conciencia ó inconsciencia de los actos del agente, cuyas facultades siempre se presentan en las más anormales condiciones para un análisis científico. Menos todavía podemos aceptar la teoría de la semi-responsabilidad por las razones de *oportunidad política*, ya censuradas por Brusa y contra las cuales también Carrara ha protestado (2); en efecto, aun cuando realmente concurrieran y fuera necesario impedir cualquier medida contra algún reo de cuyas condiciones intelectuales el Juez no estuvie

(1) Impallomeni, *Il Codice penale italiano*, t. I, p. 173.

(2) *Programma*, parte general, nota 1.ª al § 250.

completamente cierto, podrían tomarse otras de pura observación y anteriores al juicio con el fin de procurarse, con la mayor precisión posible, los datos que en la sentencia permitieran fallar sobre su responsabilidad, conforme á derecho y justicia, ó bien negarla y declararle exento de ella y de pena, sin perjuicio de tomar las providencias necesarias para garantizar la seguridad pública.

81. Sentado esto, parece lo natural que para estudiar la conmutación de las penas en las legislaciones que admiten la semiresponsabilidad, empecemos por conocer las formas con que en las mismas se presenta la irresponsabilidad absoluta, puesto que de ésta se origina la noción de la responsabilidad disminuída.

El derecho antiguo comprendía todas las alteraciones mentales en un nombre genérico. *Furiosus* es el calificativo que los textos del derecho romano emplean para designar á todos los que no obran con entera conciencia de sus acciones. Conocíase también una distinción que aplicar al criterio de la responsabilidad penal; haber ejecutado el hecho en un intervalo lúcido, tal era esta distinción. Pero en cuanto á las disposiciones penales, los textos nos enseñan que «*sane si per furórem aliquis parentem occiderit, impunitus erit... nam sufficere furore ipso eum puniri*»; añadiendo por otra parte «*diligentiusque custodiendum esse, aut etiam vinculis coercendum*» (1). Por un lado, por consiguiente, no se imponía pena; pero por otro, á fin de dejar íntegra la tutela social, impidiendo al furioso repetir sus acciones peligrosas, se le sometía á vigilancia y detención. No está claro, sin embargo, que esta detención, según el concepto romano, debiera considerarse como pena ó como medio sólo para asegurar la guarda del furioso; porque de dos textos que poseemos, en uno parece ser pena y en otro una forma especial de todia: *Sane excutiendum divi fratres putaverunt in persona*

(1) L. 9, § 2, D., *ad L. Pomp. de porr.* (48, 9).

ejus qui parricidium admiserat, utrum simulato furore facium admisisset an vero revera compos mentis non esset; ut si simulasset plecteretur, si fureret in carcere contineretur (1). *Si tibi liquido compertum est, Ælium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu caret, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiæ occisam, potes de modo pœnæ ejus dissimulare cum satis furore ipso puniatur; et tamen diligentius custodiendus erit ac si putabis etiam vinculo coercendum, quoniam tam ad pœnam quam ad tutelam ejus et securitatem proximorum pertinebit* (2). Esto en cuanto al furioso. Con respecto á los que delinquían en intervalos lúcidos, la sanción punitiva era terminante: *Si vero ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit, nec morbo ejus danda est venia, diligenter explorabis; et si quid tale compereris consules nos, ut æstimemus, an per immanitatem facinoris, si cum posset videri sentire commiserit, supplicio adficiendus sit* (3).

82. Con los confusos y rudimentarios conceptos del derecho romano respecto á la participación de la inteligencia en la responsabilidad penal, la práctica había distinguido varias formas y grados de alteraciones mentales, estableciendo, no sólo formas distintas de gradación de la responsabilidad cuando el delito se cometía en estado de locura furiosa ó de idiotismo, sino también cuando las alteraciones mentales, que no existían al tiempo de cometer el delito, se presentaban después de él, y cuando de la alteración misma se pudiera culpar al agente (4), es decir, en los casos de reputarle responsable, si

(1) 13, § 1, D., *de off. præs.* (1, 18).

(2) 14, D., de *off. præs.* (1, 18).

(3) Idem.

(4) Las legislaciones modernas han olvidado, con justa razón, la distinción entre locura accidental y locura producida por desórdenes del agente: bástalas para la inimputabilidad del delito la prueba de su subsistencia tiempo de cometerle. Es extraño, pues, que el Código del Cantón de Ber (art. 43), al enumerar las circunstancias eximentes, cuente entre los requis tos necesarios para que la locura produzca aquel efecto, el siguiente: *Q*

no del delito, por lo menos de haber favorecido el desarrollo de la enfermedad que le arrastrara á cometerle (1).

83. Algunas de estas distinciones se han conservado en los Códigos.

Especificaba y exigía el *estado de demencia* ó de *furor* al tiempo de cometer el delito, el Código de las Dos Sicilias (artículo 61); requerían el estado de *absoluta imbecilidad*, de *locura*, de *furor morboso*, los de Parma, Módena y Cerdeña de 1859 (artículos 62, 55, 94); la *alienación mental* y el *idiotismo*, los de Prusia (art. 40) y España (art. 8.°, núm. 1.°) (2); finalmente, el Código de Baviera se ha creído en el deber de proceder á una enumeración particular de cada una de las formas de alteración que producen la exención de pena, indicando en los artículos 120 y 121 al furioso y al loco, y en general, á todos los que habiendo perdido por completo el uso de la inteligencia por hipocondría ó por cualquiera otra grave enfermedad mental, delinquen en estas condiciones; extiende también este Código la impunidad á todos los que por imbecilidad de espíritu sean absolutamente incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones y comprender sus efectos criminales, y finalmente, á los atacados de cualquier desorden, no imputable á los agentes mismos, del sentido ó de la inteligencia, durante las cuales desaparezca la conciencia de las acciones realizadas y

---

haya sobrevenido sin culpa del imputado, con lo cual reproduce la antigua distinción, rechazada hoy por la ciencia.

(1) Mattei, *De criminibus*, prolegómenos, cap. 2.

(2) A la manera que, como se vió en la última de mis notas, parte de nuestra legislación asimila la sordomudez á la minoría de edad, también el idiotismo se equipara á la locura. En nuestro derecho civil, loco é imbecil son conceptos sinónimos (art. 28, párrafo 2.° del Cód. civ.), y en el penal sumente parecidos. Para la ley no hay otra diferencia entre estos dos estas que la de que el imbecil lo es siempre, ó de otro modo, no goza de interlos lúcidos, y sí el loco; en suma, el imbecil es un *amente* (completamente sprovisto de facultades mentales), y el loco un *demente* (con facultades ntales, generalmente alteradas, pero á veces sanas).—*(N. del T.)*

sus efectos criminales. La taxativa determinación del estado de *demencia*, volvemos á encontrarla en los Códigos Belga (artículo 71), Francés (art. 64) y en los de los Cantones de Vaud (art. 51), y de Neufchatel (art. 39); el Código Ginebrino (artículo 52) requiere precisamente la *alienación mental;* y la *demencia* ó *enfermedad* que ponga al imputado en condiciones de no poder apreciar las consecuencias y moralidad de sus hechos, el Código de Friburgo (art. 51) (1).

84. Pero no respondiendo estas especificaciones particulares de las formas de alteración mental á los datos de la fisiología, y estando sujetas á los significados, más ó menos amplios ó restringidos, de las varias escuelas médico-legales; no han sido aceptadas por los Códigos modernos, los cuales, aun reproduciendo dichas causas eximentes con los nombres de «locura», «imbecilidad», «furor morboso», «idiotismo», etc., creen más avenido con la ciencia omitir los nombres de cada especie, cuya enumeración sería siempre defectuosa é incompleta, para designar la causa y razón general de la inimputabilidad.

De esta suerte, se atienen á fórmulas generales para designar la circunstancia eximente de responsabilidad criminal, además del Código italiano, cuyas disposiciones analizaremos en breve, el Código austriaco (§ 2, letra *a)*, que se refiere sencillamente á la total ausencia de razón; el de Toscana (art. 34), que investigaba tan solo si el agente había tenido conciencia de sus actos y libertad de elección para producirlos; el húngaro, que declara inimputables á los que cometen un delito en estado inconsciente ó cuando las facultades intelectuales están turbadas de tal modo que desaparece el libre albedrío (art. 76); el holandés, con su fórmula de desarrollo incompleto ó enfermedad de la inteligencia (art. 37); el del Cantón Tesino, que habla de los casos en que los acusados carezcan de la conciencia de sus propios actos (art. 46, *a);* el del Cantón de Berna, que

(1) Para las subdi tinciones de las alteraciones mentales, véase Tolomei, obra citada, números 1.008 y siguientes.

pide que el imputado se halle en un estado en que le sea imposible ser conscio de sus acciones y de la criminalidad que pueden contener (art. 43); el del Cantón de Valais, que exige la privación completa del uso de razón (art. 85); el Código de Zurich, que con forma más compleja, pero no por ello menos clara, exime de pena cuando las facultades anímicas de los autores estuviesen trastornadas de tal manera que aquéllos no pudieran determinarse á obrar libremente y con el discernimiento necesario para conocer la punibilidad del hecho (artículo 44); y en fin, el alemán, que manda que se pruebe si el autor, en el momento de cometer el delito, se encontraba privado de la conciencia ó en un estado de alteración morbosa de las facultades mentales que imposibilitara la libre determinación de su voluntad (art. 51). Tales son las condiciones puestas por algunas de las legislaciones vigentes á la irresponsabilidad por causa de alteración mental, y sobre las cuales se han modelado también algunas aplicaciones especiales para la semiresponsabilidad, causa, como hemos dicho, productora de conmutaciones de las penas.

85. Disponía el Código de Parma, en su art. 63, que cuando la locura, la imbecilidad, el furor ó la fuerza, no alcanzasen, á juicio del Tribunal, el grado necesario para producir la inimputabilidad de la acción, ésta se castigara, según las circunstancias y los casos, con prisión ó casa de fuerza. Sobre esta misma noción de la responsabilidad, el Código Estense conmutaba también cualquier pena en la de cárcel (art. 53). El Código toscano concedía límites más amplios para la apreciación de la semiresponsabilidad, siendo suficiente, según él, que el reo se encontrase en un estado *vecino* á aquel que, según el art. 34, excluiría por completo la imputabilidad, y establecía las siguientes conmutaciones: en la pena de *especie* inferior, si la impuesta al delito estaba *absolutamente determinada*, y *por bajo* del límite inferior, si la pena señalada al delito estaba *relativamente determinada* (art. 64). Conforme con la noción de la semiresponsabilidad del Código de Parma, estaba el Código de Cer-

deña de 1859, al fijar de un modo general las conmutaciones de penas, según los casos, en prisión ó vigilancia hasta el doble del máximum ordinario: añadiendo, que cuando la penalidad ordinaria impuesta por la ley consistiese en pena correccional distinta de la de cárcel ó vigilancia, ó bien fueran simples penas de policía, los Jueces pudieran descender de uno á tres grados, con lo cual se daba lugar en la práctica á un gran número de conmutaciones de penas mínimas correccionales en penas de policía (art. 95). Más generales en cuanto á la noción de la semiresponsabilidad y menos concretos para la conmutación, son los términos del Código español. Dispone el art. 73: «Se aplicará asimismo la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.º, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimen correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten ó concurran» (1).

---

(1) Este artículo pertenece al Código penal de 1848. El vigente no ha creído conveniente reproducirlo; pero aun en aquella legislación no era aplicable á los casos á que se refiere el autor. Sabido es que en nuestro sistema legal y para regular el efecto penal de la conversión de las circunstancias eximentes en atenuantes, se distinguen aquéllas en *divisibles* é *indivisibles*, según que constan ó no de varios requisitos ó circunstancias. Faltando alguno de ellos en la integridad de la circunstancia eximente, se produce una atenuante, á la cual se aplicaría la pena en la legislación de 1848, en el modo y forma establecida en el art. 73 de aquel Código, y en la vigente de 1870, según las reglas generales de aplicación en concurrencia de circunstancias atenuantes ó agravantes, salvo en una y otra época legal el caso del núm. 8.º del art. 8.º también (acto lícito ejecutado con la debida diligencia que causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo) en que rigen las disposiciones sobre imprudencia temeraria. Ahora bien; según nuestro sistema penal, la *locura* es una circunstancia *indivisible*, como también el idiotismo. La ley (núm. 1.º del art. 8.º) y la jurisprudencia lo declaran terminantemente. Una sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 188[illegible] por ejemplo, da en pocas palabras toda esta teoría legal: «La locura no es [illegible]

El Código del Cantón Tesino se atiene también, en el artículo 47, á una definición y fórmula de la responsabilidad más general, declarando que aquélla existe cuando las causas indicadas en el art. 46 no puedan excluir del todo la imputabilidad del reo. Las conmutaciones de penas establecidas por este Código, consisten en autorizar al Juez para descender de uno á tres grados, según que la semiresponsabilidad se encuentre más ó menos disminuída, en la medida de la pena. El Código del Cantón de Berna quiere ensayar criterios más específicos para la semiresponsabilidad; exige, efectivamente, que el semi-imputado no haya perdido por completo la conciencia de sus actos y de la culpabilidad inherente á ellos; que aquella conciencia se encuentre puramente debilitada y que el agente no esté privado por completo de libre albedrío. Conmuta después la pena de muerte y la de reclusión perpetua, en reclusión á lo menos por un año, y á lo más por veinte; y cuando se trata de otras penas, autoriza el descenso en grados, según las

---

las circunstancias eximentes que exigen más de un requisito; consiste en un hecho por su naturaleza indivisible, por lo cual, desestimada como eximente, no puede apreciarse como atenuante comprendida en el núm. 1.° del art. 9.°» En resumen, en nuestra ley común no hay semiresponsabilidad ó responsabilidad atenuada por causa de locura, aunque sí por otras razones; atendiendo al estado mental, los reos no pueden ser en nuestra legislación más que hombres locos completamente, ú hombres totalmente cuerdos. Los mismos momentos lúcidos del demente no sirven *por sí solos*, ni aún para atenuar la responsabilidad criminal en que pueda incurrir. Sin duda esta teoría en medicina está completamente desacreditada y en la legislación acaso acabe pronto (recuérdense los discursos de Letamendi en el Senado, dirigidos precisamente á este objeto), pero aún es ley, y por ella el loco es tratado como loco en su locura, la cual no admite gradaciones de cantidad como cuerdo cuando obra en un instante de lucidez. En el Código penal de la Marina de guerra se admite una atenuación de la responsabilidad del género que en otra nota hemos llamado *discrecional*, en atención, no sólo á enfermedades mentales, sino á cualquier *estado excepcional morboso* (v. gr., la epilepsia, la histeria, etc.) *que disminuya en el agente el imperio de la voluntad, sin privarle por completo de la conciencia de delinquir* (art. 18, núm. 6.°).—*(N. del T.)*

reglas del art. 31, con la única limitación de que cuando por consecuencia de este descenso se llegue á una pena inferior del mínimum establecido por el artículo, se ascienda á la pena superior (art. 43). Son sumamente generales, por el contrario, las reglas que para la determinación de la semiresponsabilidad y conmutación de las penas por esta causa, establece el Código del Cantón de Valais. Dice en el art. 86: «Cuando la alteración de las facultades intelectuales... no haya alcanzado el grado necesario para que las acciones dejen de ser imputables, los Tribunales podrán aplicar al reo, según las circunstancias, una pena inferior á la que la ley fije para el delito cometido, ú ordenar que sea sometido á la vigilancia de la Autoridad municipal.»

86. Hagamos ahora el estudio especial de las disposiciones de los artículos 46 y 47 del Código italiano. Copiarémoslos ante todo:

«Art. 46. No será penado el que al cometer el hecho se hallase en un estado de enfermedad mental suficiente para privarle de la conciencia ó de la libertad de sus propios actos.

»Art. 47. Cuando el estado mental indicado en el artículo anterior sea tal que atenúe en alto grado la imputabilidad sin eximirle de la pena establecida por la infracción cometida, se rebajará con arreglo á las disposiciones siguientes: etc.»

El art. 46 ha sufrido una modificación parcial frente al texto del correspondiente (art. 47) del proyecto Zanardelli de 1887. Decía éste: «No puede ser imputado criminalmente el que en el momento de cometer el hecho se encontrase en tal estado de deficiencia ó alteración morbosa de la inteligencia, que careciese de la conciencia de sus propios actos ó le impidiera obrar de otro modo.» El Ministro, sin embargo, como él mismo advierte en su Exposición al Rey (1), al aceptar la fórmula que aparece en el texto definitivo, quiso complacer á las comisiones parlamentarias que deseaban una *más perfecta* que

(1) *Relazione al Re.*, cap. 26.

la empleada en el Proyecto, aunque no informada por los mismos principios científicos y jurídicos. En la Relación á la Cámara de los Diputados, razona el Ministro de este modo el artículo 47: «Esta fórmula, estudiada en los Códigos extranjeros más modernos y mejor reputados, creo que responde al concepto de una noción específica y sintética á la vez. Comprendese en la palabra *deficiencia* todos los estados de falta de desarrollo, desarrollo imperfecto y de inacción transitoria de las facultades mentales, como el sonambulismo, que puedan producir la exención de imputabilidad; y en la de *alteración morbosa* todas las formas de la patología mental, permanentes ó accidentales, generales ó parciales. La voz *mente* se toma y usa en su más amplio significado, es decir, comprendiendo todas las facultades psíquicas del hombre, innatas y adquiridas, simples y compuestas, la memoria y la conciencia, la inteligencia y la voluntad, el raciocinio y el sentido moral. Por otra parte, no todo defecto ó alteración de la inteligencia puede eximir de imputabilidad. Menester es, por consiguiente, determinar cuáles de ellas pueden producir ese resultado, expresar, en una palabra, los efectos inmediatos de la deficiencia ó alteración morbosa de la mente que expliquen el efecto mediato de excluir la responsabilidad. Estos efectos dependen de un estado psíquico tal, que prive de la *conciencia de los propios actos* y de la *posibilidad de obrar de otro modo*, ó sea (hasta donde enseña de común acuerdo la ciencia, y prescindiendo de todo cuanto se tiene por dudoso y discutible), que impidan la capacidad de entender y la capacidad de obrar. Indicadas, pues, las causas de defecto ó alteración mental, está orillado el peligro de que las disposiciones de la ley se extiendan hasta traspasar sus límites, atribuyendo aquel efecto dirimente á las pasiones humanas, las cuales son siempre, en mayor ó menor grado, un coeficiente inevitable de las determinaciones de los hombres» (1).

(1) *Relaz. alla Camera dei Deputati*, vol. I. p. 164 165.

Las dos fórmulas que se modificaron, fueron, por consiguiente, la de *enfermedad mental*, que se sustituyó por esta otra: *deficiencia ó alteración morbosa;* y la de *libertad de los actos propios* que se cambió por la de *posibilidad de obrar de otro modo*. Una y otra modificación no tuvieron otro objeto que el de aclarar, por medio de la generalización, el concepto legal. Ambas responden á las exigencias de la ciencia moderna, toda vez que la actividad intelectual, llamada mental de ordinario, comprende los varios fenómenos de la sensación y la volición; de este modo, en la fórmula del art. 46, no sólo se comprende la *locura intelectual*, que es la que se manifiesta con fenómenos exteriores, sino también la *locura impulsiva*, enfermedad de la voluntad en que, aun cuando la inteligencia no presenta trastorno alguno, el hombre se ve irresistiblemente arrastrado al mal por un impulso morboso interno, al cual es extraña la conciencia, si ya no le rechaza. Por ambas causas se produce siempre el efecto inmediato, que consiste en la privación de la libertad de las acciones propias, por la razón evidente de determinarse éstas por condiciones morbosas que producen en el individuo la inconsciencia de la gravedad moral y jurídica de sus actos. Por consiguiente, la base del legislador italiano es siempre un estado de enfermedad mental considerado desde un punto de vista general y absoluto, con objeto de excluir siempre de entre las causas eximentes de responsabilidad criminal toda la serie de fuerzas morales que, dependiendo de instintos perversos no justificables jurídicamente, pudiera alguien confundir con la falta de inteligencia ó voluntad originadas por condiciones patológicas especiales de los culpables.

87. Sentado sobre estos fundamentos el concepto de la irresponsabilidad absoluta, el de semiresponsabilidad depende de la fórmula del art. 47, y consiste en una condición subordinada, por la cual el estado mental comprendido en el artícul precedente *disminuye notablemente* la imputabilidad, pero sin excluirla. Sin repetir ahora nuestra observación radical sob el concepto de la semiresponsabilidad, examinaremos t

sólo las conmutaciones penales producidas por esta circunstancia. Dice el art. 47, que en estos casos el *ergastolo* se cambiará en reclusión por tiempo no inferior á seis años; la inhabilitación perpetua para cargos públicos, en inhabilitación temporal; las penas temporales de más de seis años, se hacen durar sólo de tres á diez; las que pasen de los seis, pero no de doce años, tendrán de duración de uno á cinco; y en todo caso se aplica la pena en menos de la mitad ordinaria; la multa se reduce igualmente á la mitad. No debemos, en fin, pasar en silencio la disposición del último párrafo, por la cual, atendiéndose á que la naturaleza de la causa puede ser un estado morboso parcial de la inteligencia, se autoriza al Juez para que, cuantas veces se haya impuesto pena restrictiva de la libertad personal, ordene que se cumpla, no ya con los modos ordinarios (es decir, en establecimientos ordinarios), sino en casas de custodia hasta que la autoridad competente no revoque esta providencia (1); medida encaminada á que se aplique al condenado el tratamiento más conveniente para su estado, y que templa y corrige el rigor con que se hace objeto de sanción punitiva los hechos de agentes que no están en la plena y completa posesión de sus facultades mentales (2).

---

(1) El art. 15 de las disposiciones reglamentarias de coordinación aprobadas por Real decreto de 1.° de Diciembre de 1889, núm. 6.509 (serie 3.ª), dispone que la revocación de esta providencia pertenece al Presidente del Tribunal, en cuya circunscripción se pronunció la condena, á propuesta del Consejo de vigilancia del establecimiento en que se encuentre el reo y bajo la aprobación del Ministerio público.

(2) Idem, id.

(Continuará.)

ARISTO MORTARA.

CUESTIONES DE DERECHO CIVIL Y ENJUICIAMIENTO *

XI

Subsistencia de servidumbres aparentes no inscritas, con respecto de tercero, en caso de venta del predio sirviente.

Hechos.—A. vendió á B. un predio rústico colindante con el camino público, por uno de cuyos lados y desde el citado camino público C. tomaba paso para ir á su finca, situada más arriba de la comprada por B. Ni en la escritura de venta, ni en el Registro de la propiedad, en el registro parcial del predio vendido, se mencionaba la servidumbre de paso que existía sobre el terreno, y era, por lo tanto, vista, llamada en derecho aparente. Fundado B. en las circunstancias expresadas de no mencionarse tal servidumbre en su escritura de compra ni en el Registro de la propiedad, construyó sobre la entrada del camino dos montantes de sillería y colocó allí una verja de hierro con cerradura para cerrar el paso á C., ya que el paso referido servía de entrada á la finca vendida. A las amenazas de C., cede B., á fin de evitar el interdicto de recobrar con que le amenazaba, si persistía en tener la verja en la conformida expresada, no admitiendo siquiera C. la llave de la verja qu

* Véanse las pags. 281 y 549 del tomo 87, y 116 y 597 del 88 de la Revis

le ofreció B., á fin de poder cerrar el paso á los extraños á sus fincas, pretendiendo y logrando C. que el comprador tuviese siempre abierta la verja de modo que él pudiese pasar sin limitación, no queriendo que estuviese cerrada, á pretexto de que, aunque tuviese la llave, podría algunas veces dejársela por descuido y no poder pasar con el carro. ¿Hubiera sido procedente el interdicto interpuesto por C. contra B.? ¿Hubiera podido éste interponer contra C. la acción negatoria de servidumbre, fundado en que no constaba inscrita en el Registro ni mencionada en su escritura de compra?

Derecho aplicable. Preliinar. El tercero, según el antiguo Registro.—Desde luego descartamos por completo de los dos puntos que comprende este estudio, el caso de que tratándose de servidumbre antigua constituída en escritura pública, no constase en la antigua Contaduría de hipotecas en el asiento extendido en ella de dicha escritura, porque entonces rige lo decidido por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Noviembre de 1881, que establece: que la circunstancia de no haberse hecho especial mención de la servidumbre de vistas sobre que versaba aquel litigio cuando se tomó razón en la Contaduría de hipotecas de la escritura en que se constituyó el indicado gravamen, no afecta á la subsistencia del mismo, si en aquella época no era necesario dicho requisito, con arreglo á lo prescrito en las leyes 1.ª y 5.ª, tít. 16, libro 10 de la Novísima Recopilación, las cuales únicamente se referían á los censos é hipotecas expresas bajo cualquier forma que gravasen la propiedad inmueble; y que al reconocerlo así la sentencia recurrida, no infringe dichas leyes, ni la doctrina que, de conformidad con las mismas, tiene sancionada el Tribunal Supremo, por no ser aplicables al de que se trataba en dichos autos.

Esta doctrina viene corroborada por la sentada en la sentencia de 16 de Marzo de 1860, relativa á la servidumbre de luces, la cual establece: que la omisión de un Contador de hipotecas que deja de anotar en el Registro todos los gravámenes

inherentes á una finca, no afecta á la validez del contrato ni perjudica los derechos que se adquieren por el instrumento presentado á la toma de razón en el término legal.

En estos casos, el dueño del predio sirviente no puede ostentar el carácter de tercero con relación al del predio dominante, y ha de respetar la servidumbre hasta tal punto, que no sólo no podrá nunca entablar el interdicto contra el dueño del predio dominante, sino que ni siquiera podrá interponer con fruto la acción negatoria de servidumbre.

Derecho moderno. Primer punto.—Concretamos el exámen de esta cuestión legal al caso propuesto, es decir, al de un camino existente que da paso para otro predio, tomándolo desde el camino público, es decir, al caso de una servidumbre aparente con signos ostensibles é indudables de su existencia, y discontinua en su uso.

Creemos que el dueño del predio sirviente, sucesor por título singular en el mismo, ya que si la adquisición fuese por herencia no habría caso, no podría interrumpir el paso por el camino en cuestión á pretexto de que tal gravamen no consta inscrito en el Registro de la propiedad. En su consecuencia, el dueño del predio sirviente podría, á nuestro humilde juicio, interponer contra él la acción de interdicto de recobrar, porque el hecho de la interrupción entra de lleno dentro de las prescripciones de la sección 2.ª, libro 2.º, tít. 20 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues, según el art. 1561, el interdicto de retener ó recobrar procederá cuando el que se halle en la posesión ó en la tenencia de una cosa, haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle ó despojarle, ó cuando haya sido ya despojado de dicha posesión ó tenencia.

Ningún precepto de la ley Hipotecaria deroga ni desvirtúa el de la ley de Enjuiciamiento civil, y como mera cuestión d hecho debe decidirse por el precepto sentado en la ley de Enjuiciamiento.

Aun cuando el hecho de la cuasi posesión de un derecho l:

mitador del dominio no llega á la categoría de condominio con el dueño del predio, no deja de existir una comunidad de cierto disfrute sobre la finca, y es sabido que entre condueños no cabe el interdicto, sino el juicio declarativo para discutir en forma amplia tales cuestiones de disfrute. Consideramos este argumento aplicable aquí, si no de lleno, por lo menos bajo el aspecto de existir coexistencia en el goce de cierta parte del predio, en la parte que la servidumbre limita el derecho de libre disposición del mismo, en cuanto al punto ocupado por el camino, que naturalmente puede usar para el mismo objeto el dueño del predio sirviente.

Segundo punto. Para contestar este punto, que nosotros resolvemos negativamente, hemos de sentar ciertos precedentes legales. Por esto hemos concretado tanto las cuestión, por la dificultad que entrañan esta clase de estudios sobre el tercero.

Los preceptos de los artículos 13, 23 y 27 de la ley Hipotecaria son absolutos; lo que no consta en el Registro no puede perjudicar á tercero. Para decidir la cuestión en un sentido negativo á este terminante precepto, se necesita dilucidar la cuestión en todos sus detalles.

Los artículos 23 y 27, con el 13 en nuestro caso, se refieren á las servidumbres en general, incluso las personales, que se han de inscribir sobre la finca sujeta á las mismas. En este sentido deciden varias sentencias que las servidumbres, para perjudicar á tercero, han de constar inscritas en el Registro.

Pero la ciencia y la jurisprudencia vienen después á establecer distinciones. La ciencia divide las servidumbres, entre otros miembros, en naturales, que no están sujetas á inscripción, y *legales*; y es opinión admitida que la mayor parte de estas servidumbres no han de constar inscritas, porque no es necesario inscribir lo que está constituído por ministerio de la ley, que se supone conocida por todos. Luego tenemos aquí dos excepciones en los artículos de nuestro estudio.

La servidumbre de tránsito público, aun dado su carácter de discontínua, puede adquirirse por la posesion inmemorial y

sin necesidad de título escrito, según sentencia de la Audiencia de Pamplona, de 19 de Abril de 1894, inserta en estracto en esta REVISTA, tomo 86, pág. 436.

Declara la sentencia citada que, tratándose de una vía pública, nunca sería aplicable la obligación de inscribir impuesta por la ley Hipotecaria á servidumbres particulares, y el legítimo dueño de un inmueble no es tercero con relación á la prescripción que contra él se realiza; y que aun interpretando las disposiciones de dicha ley de la manera que lo hacía el Juzgado que estimó la acción negatoria de servidumbre interpuesta por el dueño de la finca, en modo alguno podría ser calificado de tercero el último adquirente, puesto que no arrancando el derecho del Ayuntamiento de Tolosa de un acto ó contrato inscrito en que aquél no haya intervenido, no le comprende la definición dada por el art. 27 de la repetida ley Hipotecaria.

Creemos que hay otro argumento á favor de la opinión de que no era tercero el adquirente de la finca: si para ser tercero se necesita oponer un título inscrito á otro que *sea inscribible*, y no lo haya sido, tal calificación de tercero no puede obtenerse cuando el adversario del que pretende ser tercero ostenta un título que no es incribible, y por lo tanto, subsiste contra todos sin la necesidad de la inscripción.

Es verdad que las servidumbres particulares han de inscribirse; pero aquí, en nuestro caso, se trata de una servidumbre que podriamos llamar *semi-pública*, según resulta de los artículos 564, 565, 566 y 567 del Código civil, dando lugar á una expropiación forzosa que regulan los propios artículos. Los artículos siguientes á los citados, consideran como forzosa dicha servidumbre, cuando es indispensable para el servicio de la finca superior, y del contexto del art. 570 se deduce que las servidumbres á que el mismo se refiere no han de estar inscritas en el Registro de la propiedad, supuesto que, según el mismo artículo, se regirán por las ordenanzas y Reglamentos del ramo, y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar, y no por las disposiciones de la ley Hipotecaria. Tratándose de servidumbre

forzosa y semi-públicas creemos que podría dispensarse de este requisito á las servidumbres de paso. Según Galindo y Escosura, hay servidumbres legales que, para que surtan sus efectos en perjuicio de tercero, deben ser inscritas en el Registro, mencionando entre ellas la de paso, cuando no es precisa la expropiación, para que se extraigan minerales. Sacando la consecuencia de lo dicho por los referidos autores, la servidumbre legal de paso, cuando es precisa la expropiación, no ha de incribirse; luego las del art. 564 no son forzosamente inscribibles.

Sin duda la jurisprudencia ha tenido en cuenta esta circunstancia al establecer sus decisiones, que vamos á examinar someramente: que la servidumbre llamada de *carrera*, tal como la entiende y explica la ley 3.ª, tít. 31, Partida 3.ª, es distinta de la conocida con el nombre de *senda* en la vega de Granada, ó sea la que definen sus ordenanzas, diciendo que es «aquella que va por entre heredades y pagos para gobernación de las heredades, y ha de tener de anchura una *carga* de gavilla»: que versando el pleito sobre una servidumbre legal exigida por la situación del predio dominante y las necesidades de su cultivo, y que en rigor no pertenece por su extensión y condición á ninguna de las tres clases que señala por vía de ejemplo la ley 3.ª, tít. 31, Partida 3.ª, carece ésta de aplicación: que, sin interpretar dicha ley erróneamente, no procede sostener que no existen ni puede haber otras servidumbres que las que ella menciona y describe; que las servidumbres discontinuas se ganan por el uso y sírvenles de título sus signos aparentes; Sent. 14 de Noviembre de 1888.

La de 22 de Diciembre de 1883 es importante, supuesto que por ella se dejó sin efecto el auto restitutorio dictado contra el que disfrutaba la servidumbre con reintegro de las cosas causadas en el interdicto, la cual declara: que al estimar la sala sentenciadora, en virtud de las pruebas suministradas por los litigantes, que desde tiempo inmemorial se halla establecida una servidumbre rústica para el paso de caballerías y ca-

rros, no infringe, antes bien se ajusta á lo que disponen las leyes 8.ª, 14, y 15, tít. 31, Partida 3.ª, y la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1865, que se refieren á los medios de constituirse las servidumbres y á las subsistencias de estos gravámenes, aunque el dominio de los predios se transmita á otras personas. La segunda declaración del Tribunal Supremo en dicha sentencia, confirma la transcrita acerca de la subsistencia de la servidumbre.

La de 13 de Julio de 1885 declara: Que tampoco se infringen los artículos 2.º, núm. 2.º, y 13 de la ley Hipotecaria, puesto que, según tiene declarado el Tribunal Supremo, se refieren á las servidumbres justificadas en su derecho y existencia por medio de escritura pública, y de ningún modo á las que no necesitan título y se constituyen y prueban por la sola posesión, ni, finalmente, el 27 y el 35 de la citada ley, no solamente porque tratándose, como se trata, de una servidumbre ostensible y manifiesta, no podían los recurrentes incurrir en error acerca de la realidad de un gravamen que está á la vista y patentiza la construcción ó forma del tejado del predio dominante, sino porque estableciendo la Sala sentenciadora que éste viene desde época remota vertiendo sus aguas sobre la casa contigua, convertida hoy en solar, es indudable que la prescripción de la servidumbre había tenido efecto antes de la publicación de la ley Hipotecaria vigente, y que el indicado derecho real se había adquirido con arreglo á la legislación común, y, por consecuencia, no es exigible en este caso el requisito de la inscripción de que habla el párrafo primero del artículo 35, aun en el supuesto de que los recurrentes tuviesen el carácter de terceros.

La de 15 de Diciembre de 1880 establece: 5.º Que tampoco se infringe con aquella declaración (la de no ser reputado tercero el adquirente) el núm. 2.º del art. 2.º de la ley Hipotecaria, que ordena la inscripción en el Registro de los títulos justificativos de las servidumbres, ni los artículos 13, 24, 25, 27, 30, 77 y 82 de la misma, porque en todos ellos se trata de ser-

vidumbres justificadas en su derecho y existencia por medio de escritura pública, y de ningún modo de las que no necesitan título y se constituyen y prueban por la sola posesión, á cuya clase corresponden las rústicas discontinuas, y respecto á las cuales ya establece lo conveniente y de una manera especial y por excepción el mencionado art. 35. Véanse las importantes declaraciones anteriores á ésta de dicha sentencia.

La de 3 de Diciembre de 1887 declara la vigencia de los artículos 2.°, 13, 23, 25, 27 y 35 de la ley Hipotecaria, con referencia á la servidumbre de vía ó carretera, cuya subsistencia se reclamaba; pero lo hizo bajo el aspecto de que dicho gravamen no era manifiesto. En efecto, hubo discusión sobre la existencia ó no existencia de tal servidumbre, y se deducía que si la existencia del gravamen hubiese sido manifiesta é indiscutible, la resolución habría sido otra.

La servidumbre de paso se entiende constituída por consentimiento tácito cuando por partirse el cultivo era forzoso para el cultivo y disfrute de una de las mitades entrar y salir de ella, siendo improcedente la acción negatoria de dicha servidumbre, según sentencia de 10 de Enero de 1883, doctrina confirmada por la de 7 de Junio del mismo año, que sienta que al separarse dos predios sin que se pacte en el contrato un modo de disfrute distinto del que usaba el antiguo dueño, se entiende subsistir la servidumbre necesaria para verificarlo, y que el signo aparente de ella es un título para que continúe, á no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo. De estas declaraciones resulta que el título de estas servidumbres, que no constan en las escrituras, y por lo tanto no se inscriben en el Registro, es el *signo aparente de ellas*, y no les es aplicable el art. 20 de la ley, porque si no se inscriben al separarse el derecho *in re aliena* por la división que se opera, [illegible]alamente podrán ser carga sobre la finca ó predio sirviente, [illegible] derecho sobre el dominante, no obstante lo cual de no constar [illegible]scritas, se habrán de considerar subsistentes sobre los futuros

adquirentes á título singular *por el signo aparente de ellas*, que es su título, que al tiempo de su constitución no ha ido al Registro, de modo que en tal caso no pueden llenarse en las inscripciones sucesivas del predio sirviente las reglas 1.ª y 3.ª del art. 9.º de la ley, hallándose, por lo tanto, servidumbres que han de subsistir, con respecto á terceros adquirentes, sin estar inscritas en el Registro, por el mero *signo aparente de ellas*, y sin que los futuros adquirentes de las fincas á título universal ó singular puedan inscribirlas á su favor, siendo imposible cumplir el art. 20 de la ley Hipotecaria para los segundos adquirentes, en razón á que no se llevó al Registro la constitución de la servidumbre que no se hizo constar en escritura pública y sólo siguió subsistiendo *de hecho*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no va por este camino en las servidumbres de luces, pues en su sentencia de 23 de Octubre de 1890 declara de aplicación los artículos 23 y 27 de la ley Hipotecaria cuando la servidumbre no está inscrita, diciendo que, sobre no haber sido objeto de la demanda ni del debate el punto de vista á que se contraía el recurrente acerca de que en materia de servidumbres aparentes y continuas los signos exteriores eran demostrativos de una servidumbre que estaba á la vista, se añade en la sentencia que las sentencias citadas por el recurrente se dictaron en casos muy diferentes del originario de dicho pleito.

Por la de 18 de Noviembre de 1890, se declara subsistente una servidumbre de paso bajo ciertas limitaciones. Véanse las sentencias de 27 de Abril de 1891 y 26 de Junio de 1893, sobre continuación de servidumbre cuando se separan dos predios, en cuyo caso el signo aparente de la servidumbre es título para que continúe.

No queremos ocuparnos extensamente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que estima, en fórmula condensada, que no es tercero el que conoce las restricciones de la propiedad, porque tratándose de una servidumbre que es forzosa en cuanto á su subsistencia, no rige ni puede regir la ley Hipote-

caria, porque se impone en tal materia el art 564 del Código civil, que declara forzosa la constitución de la servidumbre, y como ya está constituída y creada, debe continuar, y el que pretendiese el carácter de tercero, según la ley Hipotecaria, sólo podría reclamarlo, en todo caso, en cuanto á la indemnización, que tampoco procedería, porque, según aquel precepto, debe pagarse al constituirse la servidumbre.

VICTORINO SANTAMARÍA.

LA INSTITUCIÓN DE LOS HOMBRES BUENOS

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: 1. *Orígenes de la institución de los* hombres buenos.—2. Su conveniencia *política*.—3. Su utilidad *jurídica*.—4. Conclusión.

§. I. *Constitución del Colegio de los* HOMBRES BUENOS: 5. Carácter electoral del colegio.—6. La mujer y el derecho de elegir *hombres buenos*.—7. Requisitos para la elección.—8. Requisitos para ser elegido.—9. Presidencia del Colegio: variedad de sistemas.—10. Mi opinión.—11. Las funciones de *hombre bueno* son gratuitas.

§. II. *Funciones del Colegio de* HOMBRES BUENOS: 12. Funciones consultivas.—13. Funciones de jurisdicción disciplinaria.—14. Funciones de jurisdicción civil.—15. Si debe extenderse su competencia hasta las industrias del Estado.—16. Si debe comprender asimismo la industria agrícola.—17. Jurisdicción civil. conciliatoria.—18. Jurisdicción civil judicial.—19 *a)*. Competencia.—20 *a')*. Competencia por razón de la materia.—21 *a'')*. Competencia por razón del valor: diversidad de sistemas.—22. Cual se debe preferir.—23 *a''')*. Competencia por razón del territorio.—24 *b)*. Procedimiento.—25. Comparecencia de las partes en el juicio: asistencia, representación.—26. Prohibición de escritos de defensa.—27. Medios de prueba: cartillas de trabajo, juramento.—28. Apelación.—29. Funciones arbitrales del Colegio de *hombres buenos*.—30. Conclusión.

Introducción.

1. No es fácil señalar con precisión los orígenes de la institución de tribunales especiales para resolver las cuestiones referentes al contrato de trabajo. Lo único que se puede afirmar con seguridad, es que en los días del régimen corporativo, las universidades de comerciantes y artesanos gozaban de una juri

dicción especial por disposición de sus estatutos; constituíanse al efecto en Tribunales electivos, con una misión análoga á la de los Tribunales de comercio, y á la que en la actualidad confían la mayor parte de las legislaciones europeas á los Colegios de hombres buenos.

2. Decidir sobre la mayor ó menor conveniencia de estos colegios, es cuestión harto difícil.

Bajo el aspecto político, procurando la ventaja de hacer más soportable el régimen capitalista, combátenlos los socialistas, toda vez que este medio de pacificación social se trueca en una fuerza ú obstáculo en contra del triunfo de sus ideales. Combátenlos también los secuaces de otros partidos políticos, ya por reputarles como concesiones peligrosas hechas á las clases obreras, ó bien por no ver en ellos más que un fuero privilegiado.

Dadas estas opiniones, tengo para mí que no es posible pronunciar un juicio seguro con un mero análisis ideológico. Por el contrario, la institución debe juzgarse desde el punto de vista que sirvió para constituirla prácticamente. Ahora bien, la manera con que la ley ha regulado la institución que se pretende juzgar, es como un ensayo de medio preventivo ó como una concesión ilusoria y aparente hecha por la clase predominante.

Puestos en este terreno, no vacilamos en declarar que es un deber de las leyes garantizar la situación de los obreros, situación que sin ellas carecería de séria independencia. Por esta razón acogemos con aplauso la notable disposición de la ley de Portugal sobre hombres buenos (14 de Agosto de 1889), en virtud de la cual, el obrero que ha citado á juicio á su empresario no puede ser despedido por éste, sino tres meses después, con justa causa, y por obra de sentencia del mismo tribunal, recaida á petición del amo.

3. Bajo el aspecto *jurídico* se discute más todavía la utilidad del Colegio de hombres buenos. Son muchos los escritores de derecho judicial que censuran la variedad y especialidad de

las jurisdicciones, por creerlas fruto y recuerdo del despotismo, contrario á la suprema igualdad jurídica. Pero yo creo que este juicio no es completamente exacto. Sería una institución reprobable si crease una *jurisdicción privilegiada*, pero no lo es porque constituye sencillamente una *jurisdicción especial*. Estos dos conceptos que álgunos tienen por idénticos son en realidad completamente distintos. La *jurisdicción privilegiada* se introduce en beneficio de una clase social y en daño de otra, y se caracteriza por ciertas formas procesales atentatorias de los derechos de todos. Las *jurisdicciones especiales*, por el contrario, tienen su razón de ser en un interés público objetivo, completamente ajeno á todo favor ó privilegio; es la naturaleza de las cuestiones y no la calidad de las personas lo que las determina; la necesidad, en fin, de que cuestiones especiales, casi técnicas, para cuya resolución son menester conocimientos especiales y hasta respirar un ambiente especial, también, se decidan por Jueces competentes. No basta para ello la pericia de las formas lentas y costosas del procedimiento ordinario; esta clase de cuestiones necesitan, más que cualquiera otras, de soluciones rápidas y económicas, y tales que por la calidad de los Jueces contengan una particular autoridad moral para las partes, distinta de la meramente política que las leyes conceden á toda sentencia judicial. Creen algunos que para conseguir estos fines convendría instituir un Colegio de Jueces técnicos ó profesionales que, con autoridad judicial especial, decidieran las cuestiones de hecho únicamente. Este sistema no es aceptable, y representa no más que un modo harto imperfecto de constitución de los jurados de hombres buenos. La imperfección de las leyes sustantivas sobre arrendamiento de obras y servicios y contrato de trabajo, exige una jurisprudencia establecida por los Colegios de hombres buenos, que, sin trastornos ni exageraciones, forme el derecho nuevo del contrato de trabajo.

4. La institución de los hombres buenos satisface las exigencias de un buen régimen judicial, y organizada prudente-

mente puede llegar á ser un excelente remedio de pacificación social. Veamos, por consiguiente, con los datos de la legislación comparada, la práctica y la razón, la mejor manera de organizar los Colegios de hombres buenos.

§ I.—Constitución del colegio.

5. La base y nota imprescindible de este organismo es el sistema de elección de los miembros que han de componerle. Sin ella podría formarse un Tribunal especial, pero no un Colegio de hombres buenos.

Pero sentada esta afirmación fundamental, surgen graves dificultades, que se refieren á las reglas prácticas para llevarle á cabo.

6. Discútese, ante todo, si *la mujer* debe ser electora y elegible.

Esta cuestión no se refiere al problema general del electorado y elegibilidad política de la mujer, sino que asume un carácter especial, dependiente de la moderna organización industrial.

La mayor parte de las legislaciones conceden á la mujer, operaria ó empresaria, el derecho del voto directo, concesión sumamente justa, ya que habiendo industrias confiadas á la mujer casi en su totalidad, no sería ni racional ni conforme á justicia excluirla de la elección de los Jueces de las contiendas sobre el trabajo, Jueces que de este modo perderían buena parte de su influencia como conciliadores y toda su legitimidad como árbitros.

Mucho más grave, ó mejor dicho, más difícil, dada nuestra repugnancia tradicional á la admisión de las mujeres en las funciones públicas, es la cuestión de su elegibilidad. La mayor parte de las leyes extranjeras niegan á la mujer la capacidad de ser elegibles. Adoptando un temperamento más franco, la legislación ginebrina (1880-1890) consiente que las mujeres sean llamadas como peritos y aun como acusadoras ante el Jurado de hombres buenos, cuando se repute necesario.

Una excepción de estos sistemas restrictivos es la ley italiana de 15 de Junio de 1893. Establece, en efecto, la elegibilidad de las mujeres, sean operarias ó industriales; pero esta excepción fué obra muy laboriosa.

El proyecto de 1883, presentado por el Ministro Berti, negaba la elegibilidad de las mujeres; concedíala el proyecto de 1830 del Diputado Maffi: volvió á negarla el proyecto de 1891 del Ministro Chimirri, mientras el proyecto de la Cámara presentado por el Diputado Gallavresi volvía á concederla. Propusiéronse, por otra parte, en el curso de las muchas discusiones habidas sobre tantos proyectos, algunas enmiendas intermedias. El Ministro Chimirri, por ejemplo, accedía á que la mujer fuese elegida para el oficio de conciliadora, pero no para el cargo de decidir derechos; el Senador Costa y el proyecto presentado en 1892 por el Ministro Lacava, reconocían el derecho de las mujeres para formar parte del Jurado de hombres buenos, cuando su número pasase de la mitad de los inscritos en las listas electorales.

Pero, en fin, rechazadas estas medidas medias, la ley italiana proclama valientemente la absoluta elegibilidad de las mujeres.

Tenemos esta medida por muy fundada y por fácilmente contestables las objeciones que se la han dirigido.

En favor del derecho de las mujeres para ser elegibles, está el hecho de la existencia de industrias ejercidas únicamente por mujeres; la consideración de que el electorado y la elegibilidad son de un mismo orden, el de su participación en la industria, con el capital ó con el trabajo; la posibilidad de los conflictos entre trabajos de los hombres y las mujeres en las industrias en que trabajen juntos, y, en fin, la observación de que muchas cuestiones técnicas sobre trabajos determinados, sólo por mujeres pueden decidirse.

Se invoca como una razón poderosa en contra, el artículo de ley (10 del Código italiano de Procedimientos civiles), que prohibe á las mujeres el ejercicio de funciones arbitrales; pero

este argumento carece de fuerza principal y de analogía. No la tiene como principio, porque como tal, está ya combatido por insignes tratadistas de cuestiones procesales, y porque si estos preceptos y normas codificadas hubieran de regir siempre, sería imposible cualquier progreso ó novedad legislativa. No la tiene tampoco por analogía, por que no existe ninguna entre el juicio arbitral y los Colegios de hombres buenos. El juicio arbitral es una institución judicial; el Colegio de hombres buenos, puramente técnica, familiar y popular, de conciliación y de paz.

Tampoco puede hablarse de la misión de la mujer, ajena por completo á la judicial. Decía el Senador Costa. «Podrá ser un ideal el de la mujer desatendiendo los cuidados de la maternidad y abandonando el hogar doméstico, para mezclarse en las luchas de la vida pública; pero se debe hacer todo lo posible para apartarlas de él, y aun acaso, después de muchas experiencias, parezca lo mejor abandonarle por completo.»

Pero á estas observaciones se contestó con otras de grande eficacia.

Decía el Diputado Sonnino á la Cámara: «También para mí el ideal es que la mujer siga siendo madre de familia y mujer de su casa, y que las jóvenes estén en ella ó en la escuela; pero es el caso que existen centenares de millares de mujeres y jóvenes que tienen qne trabajar en las fábricas diez ó doce horas de día ó de noche. Tengamos, pues, en cuenta los hechos y no hagamos leyes fundadas sobre ideales que no existen en nuestro país.» Con no menor verdad, el Diputado Daneo respondía: «No se trata de alejar á la mujer de su camino; si las fábricas y los talleres están poblados de mujeres y se cree que las necesidades de la vida que las convierten en trabajadoras á jornal, no las apartan de los cuidados de sus hogares é hijos, tampoco las apartará de ellos el Colegio de los hombres buenos, cuyo oficio, en cambio, levantará su condición en dignidad y decoro.

7 Resuelta la cuestión del electorado y la elegibilidad de

las mujeres, todas las restantes que se presentan son de más fácil solución.

Dado el carácter de la institución, deben formarse dos listas de electores: una de obreros, y de patronos la otra.

Entre los trabajadores deben comprenderse los sobrestantes *(contre-mâitres- Werkmeister)*, como hacen las leyes italiana, belga, francesa y alemana, porque, en efecto, su posición más ventajosa y la autoridad que sobre los demás trabajadores ejercen, no les privan de su calidad de obreros, ni destruyen el interés natural por la clase á que pertenecen. Por otra parte, la escasez de su número, proporcionalmente al de trabajadores, aleja el temor de que vendan los intereses de su clase, á la clase de los patronos.

Igualmente deben comprenderse á los *aprendices* entre los trabajadores.

Además de la calidad de operarios, no está mal exigir para el electorado el ejercicio y la residencia durante cierto tiempo, que garanticen la verdad del interés en la elección de sus representantes.

Entre los patronos deben inscribirse también los menores y las personas jurídicas, propietarias ó industriales. El derecho electoral de éstas se encarnará en las personas que legalmente las representen.

A estos requisitos especiales para el electorado, añaden otros las leyes modernas, derivados de los principios comunes del derecho electoral, como cierta edad, la ciudadanía, no estar inhabilitado, no haber sufrido ciertas condenas penales, etc.

No es posible dudar sobre la conveniencia de estos requisitos; discútese únicamente si para el electorado pasivo es conveniente exigir la ciudadanía, existiendo como existen países en los cuales la masa de trabajadores se compone de extranjeros, y si lo es también la condición de saber leer y escribir, requisito que generalmente no se tiene por necesario.

8. La mayoría, por lo menos, de los miembros del Cole-

gio de hombres buenos deben ser nombrados electivamente.

En las legislaciones se encuentran varios sistemas.

¿Pueden ser elegidos todos los electores, ó bien, es menester algún otro requisito para la elegibilidad?

Las leyes europeas están de acuerdo en exigir alguna otra circunstancia, cierta edad mayor que la del sufragio pasivo, mayor tiempo en el ejercicio del arte ó industria, residencia más antigua, etc.

Este sistema, con todo su rigor, parécenos que no debe tomarse por modelo, y mejor sería, dado el espíritu de las legislaciones que le han aceptado, subir el límite de la edad de la elegibilidad, pero conceder, desde el momento de adquirido el voto, el derecho activo de sufragio.

Una disposición especial de la ley belga, acogida también por la ley italiana, confiere la elegibilidad en proporción de una cuarta parte de los miembros de la clase respectiva, á las personas que se hayan retirado del ejercicio de la profesión. Esta disposición no es muy satisfactoria.

En efecto; si la ley tiene por conveniente, para el buen funcionamiento de la institución, la tasación de las condiciones electivas, no creemos que llene su misión al atribuírselas á los que ya no ejerzan la profesión de la industria ó arte respectivos, sólo porque posean cierta larga experiencia y serenidad de juicio; y no lo creemos, porque les faltan, por una parte, interés, y por otra, competencia técnica, siendo como son tan variables en nuestros tiempos, y cada vez más, las condiciones del trabajo y la industria.

9. Un Colegio compuesto de miembros electivos pertenecientes por mitades á las clases de empresarios y obreros, debe, para funcionar, tener su Presidente y Vicepresidentes.

Ahora bien: ¿cómo se nombrarán uno y otro?

Las legislaciones europeas tienen los más variados sistemas.

En Francia, la ley de 27 de Mayo de 1848 encargaba al Colegio mismo el nombramiento de dos Presidentes, uno empre-

sario y obrero el otro, que alternarían en la presidencia efectiva. La ley de 1.º de Junio de 1853 confiaba al Gobierno el nombramiento del Presidente y Vicepresidentes, con facultad de elegirles aun de entre personas no pertenecientes al Colegio de hombres buenos. Finalmente, la ley de 7 de Febrero de 1880, entregó de nuevo á los Colegios el derecho de nombrar Presidente y Vicepresidentes.

En Bélgica, por ley del año de 1859, el Presidente y Vicepresidente se nombran por Real decreto de entre una lista doble de candidatos propuestos y elegidos por el Colegio de su mismo seno, ó de fuera de él. La ley vigente de 1889 ha conservado este sistema.

La ley húngara de 21 de Mayo de 1884, encomienda á un Delegado oficial la presidencia del Tribunal arbitral especial, constituído por todas las corporaciones reconocidas por la propia ley.

La ley portuguesa de 14 de Agosto de 1889, encarga al Gobierno el nombramiento de Presidente y Vicepresidente del Colegio de hombres buenos entre las personas designadas por el Consejo comunal.

La ley alemana de 29 de Julio de 1890, concede también al Gobierno el nombramiento de Presidente, pero fuera de las clases de empresarios y obreros.

La ley ginebrina de 1890, autoriza á los electos para nombrar de entre sí un Presidente y dos Vicepresidentes; proveyéndose la presidencia por dos turnos entre un patrón y un obrero, y la vicepresidencia en otros dos inversos, un obrero y un empresario.

La ley del Cantón de Basilea (ciudad) de 29 de Abril de 1889, llama á la Presidencia del Colegio á un Presidente del Tribunal civil.

Por último, la ley italiana de 15 de Junio de 1889, encarga al Gobierno el nombramiento del Presidente de entre las personas inscritas en las listas electorales de empresarios y trabajadores, concediendo la preferencia á los magistrados

Los Vicepresidentes, en número de dos, se eligen por un sistema que pudiera llamarse de forma de cruz: los empresarios electos escogen, entre los obreros electos también, un vicepresidente, y de igual modo los obreros elegidos otro vicepresidente entre los empresarios.

Viniendo ahora á juzgar todos estos sistemas, declaramos, sin vacilación ninguna, que el mejor de ellos para el nombramiento del Presidente, es el de confiársele á los elegidos con completa y absoluta libertad; para los Vicepresidentes el de forma cruzada nos parece muy excelente.

Comprendemos que el nombramiento por los Gobiernos tiene por objeto impedir que recaiga siempre el cargo sobre capitalistas ó trabajadores; pero creemos también que corriendo á cargo del Colegio mismo, cesa todo motivo de sospecha.

Este sistema electivo del Presidente por parte del Colegio, tiene también la ventaja de que de este modo tiene aquel, como fundamento del título de su autoridad, la confianza de los que representa. Se dirá acaso que dejando al Colegio la elección del Presidente, se arrojan en su seno los gérmenes de inmediatas oposiciones entre los capitalistas y trabajadores que forman el organismo. Pero repárase que, en primer término, este peligro es hipotético, y luego que, aun suponiendo su realidad, se resolverían por el consentimiento de la mayoría en la elección del Presidente. Por último, es de advertir que un Presidente elegido, es, probablemente, más competente, y que este sistema de nombramiento es el más adecuado para el buen funcionamiento del Colegio.

En fin, para nosotros, el mejor sistema es el de que el Presidente sea elegido por los miembros del Colegio y sin límites ningunos para la elección.

Respecto al nombramiento de Vicepresidentes, ya he dicho que me parece excelente el sistema en forma de cruz, porque tiene á aumentar la autoridad y prestigio de aquellos, ya que cada uno puede muy bien considerarse como objeto de la confianza, tanto de empresarios como de obreros. De este modo

los hombres más significados y de espíritu más conciliador de cada una de ambas clases, serán llamados á ocupar el puesto de Vicepresidentes; sistema utilísimo y de fecundos resultados en la obra de pacificación social confiada al Colegio de hombres buenos.

11. ¿Todos los miembros del Colegio, deben ejercer gratuitamente su cargo? Si deben ser retribuídos, ¿quién debe satisfacer estos gastos: el Estado, los litigantes, ó parte el Estado y otra los litigantes?

Varias son las respuestas que se han dado á estas dos complejas preguntas.

El Proyecto italiano del Ministro Berti de 1883, establecía una retribución para los hombres buenos de la clase de trabajadores, no para los empresarios; y á éstos, como á todos los otros gastos del Colegio, atendía con subvenciones del Estado y con los aranceles judiciales de los hombres buenos.

Este es el sistema acogido íntegramente por la ley portuguesa de 14 de Agosto de 1889.

Las leyes de Ginebra y Basilea, más igualitarias, retribuyen á todos los hombres buenos de cualquier clase que sean.

Todas las restantes legislaciones obligan á los hombres buenos á ejercer gratuita y honoríficamente su cargo.

Este sistema reinante es el mejor, á nuestro juicio, porque el cargo tiene de por sí su compensación, tanto en obreros como en industriales, en la tutela que representa sobre los intereses de la clase.

Si, por otra parte, fuese necesaria la retribución, no sería justo concedérsela sólo á los hombres buenos de la clase obrera, porque equivaldría á una desigualdad de clases entre miembros de una misma institución.

La procedencia de las cantidades necesarias para la remuneración, no debe regularse con principios distintos que los que rigen las costas judiciales comunes en la mayoría de las legislaciones; es decir, repartiéndose entre el Estado y los litigantes. Esta necesidad jurídica de obligar al litigante al pagr

de las costas, no es una de las razones menos convincentes para reducir hasta el mínimum posible, es decir, suprimiéndolas, la retribución de los hombres buenos.

§ II.—Funciones del Colegio.

12. ¿Que funciones deben atribuirse á los hombres buenos?

La ley italiana impone, ante todo, á los hombres buenos, *funciones consultivas*. Con el propósito de proveer al Gobierno, por el mejor medio posible, de noticias exactas de los hechos, expresiones, deseos y necesidades en sus fuentes vivas, nuestra ley atribuye á todo Colegio de hombres buenos la obligación de dar su parecer sobre las cuestiones que el Gobierno someta á su consulta.

13. Todas las leyes conceden á los Colegios de hombres buenos *funciones jurisdiccionales;* pero mientras la *jurisdicción civil*, objeto principal de la institución, se encuentra comprendida en todas las legislaciones, no son todas las que les atribuyen *jurisdicción penal*, ó *disciplinacia*, mejor dicho.

En Francia corresponde á los *proud'hommes* velar por la observancia de las leyes y reglamentos industriales, y comprobar y hacer constar las contravenciones que sufran. La legislación francesa, como las de Bélgica y Portugal, reconocen á los hombres buenos un verdadero poder disciplinario.

También esta facultad se propuso en Italia, pero sin que fuese aprobada.

El Proyecto del Ministro Berti confiaba á los hombres buenos la facultad de reprimir disciplinariamente los malos tratamientos y los actos de insubordinación é infidelidad cometidos en las fábricas, siempre que se denunciasen dentro del plazo de tres días. Análogas eran las disposiciones de los proyectos del Diputado Maffi y de los Ministros Lacava y Chimirri.

En nuestra opinión, toda ley sobre hombres buenos debía conocerles el poder disciplinario.

Para combatir esta facultad se han empleado razones y argumentos poco persuasivos. Se ha dicho que el ejercicio del poder disciplinario produciría conflictos; que ocasionaría vivas discordias en el seno del Colegio, dados los intereses opuestos de las clases que entrarían en juego; que torcería el voto de sus mismos miembros, todo lo cual colocaría á cada clase en cierta relación de tirantez cuando más necesaria fuera la acción conciliadora.

Parécennos todas estas razones demasiado vagas, y si algo prueban, prueban demasiado, porque otro tanto se podría decir contra la jurisdicción civil de los hombres buenos.

Desde un punto de vista jurídico se han hecho objeciones más serias.

Se ha observado que la represión de la violencia y la insubordinación de empresarios y trabajadores, encuentra un obstáculo en la reserva necesaria de la acción judicial y en la exclusión indispensable en los delitos de acción pública. Por otra parte, tratándose de casos reservados ó excluídos, es necesario absolutamente un examen jurídico distinto del puramente técnico y especial del Colegio. Por consiguiente, si el Colegio, aun *per incidens*, decidiese sobre esta clase de cuestiones, á cada paso se ofrecerían contradicciones entre la acción de los jueces ordinarios y la de los hombres buenos: habría, en una palabra, dos procedimientos sobre un sólo hecho.

Tampoco son fundadas estas razones jurídicas.

Las cuestiónes de competencias también se produce en el ejercicio de la jurisdicción civil y en toda clase de ellas, porque es un inconveniente necesario, siempre que hay pluralidad de Jueces.

Respecto al peligro de sentencias contradictorias ó de penas dobles, fácil es observar que la sanción *disciplinaria* es independiente de la sanción *penal*. Por ejemplo: en una mala contestación dada por un obrero á su patrón, pueden faltar los requisitos de la injuria, pero puede también ser necesaria una represión disciplinaria que mueva al ofendido á desistir

de una acción penal ulterior, sin la cual podrían haberse impuesto penas caprichosas y arbitrarias.

Podemos, pues, reafirmar que el poder disciplinario constituye una necesidad legítima de esta clase de organismos cooperativos, y que, conferido á los hombres sobre ambas clases, al par que conserva la autoridad de los empresarios y hace más eficaz su sanción, ofrece en justa recompensa á los obreros una garantía más de la dignidad de su trabajo.

14. Examinemos ahora la jurisdicción *civil* atribuída á los Colegios de hombres buenos.

Ejércese esta jurisdicción en tres formas distintas:

1.ª Conciliación.

2.ª Juicio.

3.ª Arbitraje.

Pero antes de estudiarlas separadamente, debemos hacer algunas observaciones preliminares y comunes á todas ellas.

15. La jurisdicción de los hombres buenos, ¿debe limitarse á las industrias particulares, ó debe alcanzar también á las del Estado?

En general, las legislaciones exceptúan de la acción de los hombres buenos á los trabajadores de las industrias del Estado.

Esta exclusión es aceptable, bien porque tales personas están garantizadas con reglamentos especiales, bien porque no surgen entre ellas y el Estado los conflictos tan frecuentes en el seno de los intereses privados, cuya pacífica solución es el objeto principal de la institución de los hombres buenos. Por otra parte, en el caso de que llegasen á surgir, la equidad de los Gobiernos los solventarían mejor que el juicio de los hombres buenos.

16. Sabido es que las industrias de que el hombre se sirve para condicionar las cosas exteriores á sus fines, se suelen distinguir en extractivas, manufactureras, comerciales y agrícolas.

En general, las leyes sobre hombres buenos, aunque destinadas principalmente á las industrias manufactureras, se apli-

can también á las extractivas y comerciales. No sucede otro tanto con las industrias agrícolas. Un solo país, el Cantón de Ginebra, tiene desde 1888 una ley de hombres buenos para la agricultura; en todos los demás no se encuentra otro ejemplo, pero parece que, una vez acogida la institución, no hay razones para dejarla de aplicar á las cuestiones motivadas por el contrato de trabajo en la agricultura. No han faltado, sin embargo, oposiciones fundadas en las condiciones del régimen agrario menos favorable á la concentración y espíritu de asociación, tan característico de las industrias fabriles ó manufactureras. Esta objeción es de poco peso, sobre todo cuando se advierte que algunas formas de aprovechamiento agrícola, como el cultivo del arroz, por ejemplo, dan lugar á la formación, siquiera sea temporal, de grandes masas de trabajadores aun en los países de grandes propiedades.

En Italia la cuestión de los hombres buenos en la agricultura tiene una historia y un historiador (1) sumamente favorables á su institución, hasta se puede decir que está resuelta afirmativamente por la opinión pública, que reclama una ley especial y distinta de la de los hombres buenos de las demás industrias para las condiciones especiales de la agricultura. En este sentido votó la Cámara italiana el 9 de Febrero de 1893 una orden del día propuesta por el Diputado Vischi, emitiendo un voto, también conforme, el Consejo Superior de Agricultura en 26 de Mayo de 1893.

En estos momentos pende del examen del Senado un proyecto de ley presentado por el Senador Griffini, antiguo, apasionado y autorizado defensor de los hombres buenos en la agricultura. Propónese en este notable proyecto la constitución de Cámaras Agrícolas, con el triple carácter de presentar al Gobierno y Parlamento las necesidades de la agricultura, funcionar como Colegio de hombres buenos y promover cuanto pueda ser útil al fomento de las industrias agrícolas.

---

(1) Cavalieri: *La questione dei probiviri in agricoltura*, Roma, 1888.

17. Los Colegios de hombres buenos industriales tienen, ante todo, una jurisdicción *conciliadora*.

Esta jurisdicción es la base de la institución, teniendo tal importancia, que no puede promoverse ninguna acción judicial sin haberse intentado la conciliación como medida obligatoria.

Para este objeto, en el seno del Colegio de hombres buenos se instituye un cargo especial de conciliación, y que ninguna de las cuestiones de la natural competencia de aquéllos pueda ser elevada á clase alguna de juicio sin haber pasado primero por ante él. Esta idea es común á todas las legislaciones, siendo muy lógica con ella la disposición de la ley italiana, que en los casos de no avenencia impone al conciliador, mientras envía al juicio la contienda, la obligación de exponer su parecer sobre ella. Igualmente, y siempre con el objeto de promover la conciliación, la ley italiana dispone que el obrero que se haya adherido á la propuesta de conciliación, gozará del derecho de defensa gratuita al presentar la demanda judicial sobre el asunto en cuya conciliación no consintió el adversario.

Con esta disposición protege la ley á los obreros contra la obstinación de los empresarios y patronos, que rechacen toda proposición de conciliación, pues parece, por una parte, lo natural que el trabajador carezca de los medios para soportar las costas de un litigio, y por otra, que el *sumus boni juris* se consiga mediante la conciliación.

18. El Colegio de hombres buenos tiene, en segundo lugar, una *jurisdicción judicial*.

Pertenece esta jurisdicción á los Jurados que se eligen del seno del Colegio de hombres buenos.

Estudiaremos sumariamente las reglas principales establecidas por las varias legislaciones sobre este punto.

19. *a) Competencia.* Como es sabido, las bases de la competencia son la materia, el valor y el territorio.

20. *a')* La competencia, en razón á la *materia*, se determi- por dos criterios: el de la calidad de las personas y el de la 'idad de la controversia que entre ellas surge.

Puede tratarse de cuestiones entre empresarios y contramaestres ó trabajadores, ó entre contramaestres y trabajadores ó aprendices (criterio subjetivo); y las cuestiones entre estas personas deben nacer del contrato de trabajo (criterio objetivo).

α) *Criterio subjetivo.* La ley belga define lo que debe entenderse por empresarios, contramaestres, obreros y aprendices; pero ninguna otra ley ha creído conveniente estas definiciones. En efecto, no son censurables estas omisiones, ya que se trata de conceptos que se sienten mucho mejor que cuantas definiciones pueda dar una ley. Por otra parte, la misma ley belga no hace otra cosa que dar una lista de nombres, más peligrosa que útil.

β) *Criterio objetivo.* El concepto más sintético en que encerrar el criterio subjetivo que determina la competencia en razón de la materia, consiste en referirle á todas las cuestiones nacidas del contrato de trabajo. Pero ninguna ley se limita á enunciar este concepto sintético; todas, por el contrario, proceden á establecer una enumeración. Por ejemplo: la ley italiana, á que damos la preferencia por ser la más reciente, habla de cuestiones sobre los salarios, precio del trabajo, horas del mismo, pactos especiales que á él se refieran, defectos en la obra, compensaciones por alteración de la calidad de las primeras materias y métodos de trabajarlas, daños sufridos por los trabajadores por consecuencia de sus industrias, indemnizaciones por el abandono de la fábrica ó por despedida antes de cumplirse el trabajo ó el término estipulado, rescisión del contrato de trabajo y tirocinio, etc.

Supuesto este objeto de la competencia del Colegio de hombres buenos, preséntase una grave cuestión; la de saber si la competencia de los hombres buenos debe extenderse, no sólo á la decisión de lo que se ha convenido, sino también sobre las modificaciones de los pactos celebrados y sobre la constitución de otros nuevos.

La mayoría de las legislaciones han resuelto esta cuestión mediante una distinción, que consiste en admitir una jurisdic-

ción no judicial, pero conciliadora, en la formación y modificaciones de los pactos.

En Italia combatió esta restricción el Diputado Maffi, para el cual los hombres buenos debían juzgar sobre los precios de los salarios, las horas de trabajo, y, en una palabra, de todo lo que pudiera prevenir los conflictos y cambios en las condiciones económicas generales, y consiguientemente en las del trabajo.

Pero estas pretensiones no son enteramente justas, tanto desde el punto de vista económico, como desde el jurídico.

En cuanto á lo económico, es indudable que cualquier ingerencia coactiva, cualquier jurisdicción que trate de regular lo porvenir, equivaldrá á un regreso á los antiguos sistemas reglamentarios, con perjuicio de la libertad económica y de las leyes naturales que gobiernan el mercado. El precio del trabajo es sumamente variable, en relación con la continuidad del mismo y la competencia extranjera.

Jurídicamente, es indudable que una jurisdicción que no tiene por objeto el desconocimiento ó la violación de un derecho, es absolutamente incomprensible.

21. *a''*) Respecto á la competencia por razón del *valor*, todas las leyes están de acuerdo en no poner ningún límite en atención á aquél para la jurisdicción conciliatoria; pero en cuanto á la judicial, varían sus sistemas.

Algunas no tienen límite alguno para el valor. El Proyecto italiano del Ministro Berti (1883), por ejemplo, autorizaba el juicio sin distinción de valores; pero hasta el de ciento cincuenta liras era inapelable, y apelable, por el contrario, para ante el Tribunal civil común cuando el valor litigioso excedía de aquella suma.

El Proyecto italiano del Diputado Maffi (1890), no sólo no stablecía tampoco limitaciones por el valor, sino que hacía pelables todas las decisiones, sobre cualquier cantidad que ersasen, no ante el Tribunal civil común, sino ante el propio olegio de hombres buenos constituído en pleno.

El mismo Diputado Maffi volvió á presentar en 1890 un proyecto en el que, accediendo al voto de la Comisión parlamentaria que había examinado el primitivo, establecía como límite el valor de 500 liras para la jurisdicción judicial, declarando inapelables las resoluciones.

El Proyecto del Ministro Chimirri de 1891 redujo hasta 100 liras el límite del valor, conservando la absoluta inapelabilidad.

La ley italiana, en fin, tiene el límite de 200 liras, y no consiente las apelaciones.

En Francia, el decreto de 1806 señalaba por límite la cantidad de 60 francos, negando asimismo la apelación; pero el límite se abandonó después, aceptándose el sistema de la jurisdicción judicial sin tasa alguna por el valor, y permitiéndose únicamente la apelación ante el Tribunal de Comercio para las cuestiones en que se discutiera sobre cantidades superiores á 200 francos.

El sistema de la ley belga de 1889 es idéntico.

La ley portuguesa le acepta también, y establece la apelación para las cuestiones de 30.000 reis en adelante.

La ley alemana de 1890 concede jurisdicción, no limitada por el valor, á los Tribunales industriales.

La ley austro húngara de 1869 sobre Tribunales industriales, no pone límites al valor, y admite las apelaciones ante los Tribunales ordinarios en los negocios cuya cuantía pasa de 50 florines.

La ley ginebrina de 1890 autoriza al Tribunal de hombres buenos para decidir inapelablemente de todas las cuestiones, cuya cuantía no pase de 500 francos; juzgando de las que excedan un Tribunal de apelación de hombres buenos, compuesto de un presidente y 10 hombres buenos, cinco de ellos empresarios y otros tantos trabajadores.

22. De todos los sistemas que acabamos de indicar, el más lógico es el que se usa en Ginebra, igual sustancialmente al que el Diputado Maffi propuso para Italia.

Si la institución de los hombres buenos tiene por objeto establecer un Juez técnicamente competente y grato para las partes, que con formas rápidas y económicas decida las controversias nacidas del contrato de trabajo, ¿no es verdaderamente absurdo ponerle un límite por razón del valor?

Tan sólo dos argumentos serios se han aducido en pro del límite.

El primero ha sido empleado en la discusión de todos los proyectos sobre institución de hombres buenos. Consiste en afirmar que, tratándose de una institución nueva, debe marcharse en su establecimiento gradual y experimentalmente.

Pero para nosotros es sumamente claro que esta aplicación desnaturaliza la institución é impide observar sus resultados experimentales. ¿No es posible suponer que la institución de los hombres buenos, cultivada con este sistema y reducida á tal ambiente, deje de producir los frutos de paz social para que fué creada?

El segundo argumento es éste: una jurisdicción sin límites por el valor no se puede concebir sin el derecho de apelación.

Ahora bien; como estas apelaciones deben remitirse á los Tribunales ordinarios, prodúcese, además de todas sus dificultades procesales, el inconveniente de que la cuestión técnica sea resuelta en apelación por un Juez técnicamente menos competente que el primero.

Pero esta dificultad tiene su origen, no en la competencia ilimitada por el valor, sino en los defectos de la institución del Juez de apelación. Si se llamará á juzgar en apelación al Colegio de hombres buenos, constituído en pleno, como Maffi propuso en Italia, ó una sección especial del mismo, constituída en Tribunal de Apelación, como establece la legislación ginebrina, quedaría resuelto el problema.

23 *a'''*). Respeto á la competencia por el *territorio*, creemos que las leyes belga é italiana la han reglamentado muy exactamente, mediante una distinción racional.

Tratándose de obreros que trabajen en fábricas ó talleres,

es competente el Colegio de hombres buenos del territorio en que la fábrica, el establecimiento ó la empresa se encuentren. Si se trata de obreros que trabajan en su domicilio, la competencia pertenece al Colegio en cuyo territorio se haya perfeccionado el contrato de trabajo.

24 *b) Procedimiento.*—Las reglas del procedimiento deben inspirarse en aquella simplicidad de formas exigida por el carácter del Tribunal. Algunas legislaciones llegan hasta el punto de autorizar al Colegio de hombres buenos para regir caso por caso el orden procesal.

Nos limitaremos á exponer los puntos esenciales en que todas las leyes fijan reglas especiales distintas de las establecidas para la jurisdicción ordinaria.

25. La mayor parte de las leyes disponen que la comparecencia en juicio no sea personal, sino mediante un representante, admitiéndose sólo en casos particulares aquella primera forma.

Esta facultad se convierte en obligación en las leyes sobre hombres buenos, y así, se ha mandado que las partes comparezcan personalmente para hacer la exposición exacta de los hechos, ya voluntariamente, ya por citación. Cuando no sea posible la comparecencia personal por razones de incapacidad legal, deben comparecer los representantes legítimos, y si tampoco á éstos les fuera posible, un compañero de la clase respectiva, es decir, un obrero ó un empresario. En Italia y Ginebra está prohibida de un modo absoluto la representación por medio de Letrados; y en Portugal, más relativamente, sólo se admite cuando por graves motivos la autorice el Tribunal.

La Comisión que elaboró los temas de las discusiones para el primer Congreso jurídico nacional, reunido en Roma en Mayo de 1896, trató de volver contra la exclusión de los Letrados de la representación. Pero al Congreso parecióle bien la exclusión, opinión que, tratándose de un Congreso profesional, es muy autorizada. Sin embargo, creo todavía que no está bien meditada. Se ha dicho que un juicio técnico no ha menester

de la cooperación legal; se ha afirmado también, que, admitirlas sería producir una desigualdad entre los empresarios ricos que pueden pagarlos y los trabajadores á quienes les es imposible.

En realidad, son tan débiles estas razones, que yo no advierto en esta exclusión más que un nuevo síntoma de la tendencia hostil á los Abogados tantas veces manifiesta, y á la cual ahora un Congreso forense ha añadido su autoridad inconscientemente. Hablar de un juicio técnico que excluye la intervención de Abogado, es completamente absurdo, en relación con el concepto de la jurisprudencia tal como se la concibe en la actualidad, en que la extensión que ha alcanzado reclama más que nunca la definición enciclopédica de los jurisconsultos romanos.

Por otra parte, decir que de admitir su intervención se originarían dificultades entre empresarios y obreros, equivale á negar la realidad de las cosas. Por el contrario, la admisión de los Letrados para ambas partes, sería el mejor medio de compensar la inferioridad intelectual del trabajador, que con el beneficio de la defensa gratuita podría tener, sin costas de ningún género, un defensor perfectamente idóneo.

26. Con el mismo intento de velar por la igualdad de las partes, las leyes de Francia, Ginebra é Italia prohiben la presentación de la defensa por escrito. Si esta disposición estuviese inspirada por el concepto jurídico de llevar hasta las últimas consecuencias el sistema de la oralidad, sería discutible; pero inspirada en un concepto social, es completamente censurable. En efecto, el empresario, culto y precavido, podrá y sabrá expresar oralmente y con exactitud su pensamiento, pero al trabajador, ¿no le sería más ventajoso exponer sus razones con orden, claridad y precisión por medio de la escritura?

27. También sobre la prueba tienen las leyes de hombres buenos reglas especiales.

Señalaremos entre ellas la eficacia probatoria de los cuadernos, libros ó cartillas de trabajo, y la prohibición del juramento.

Los libros de trabajo y maestranza son cuadernos hechos por los empresarios para sus obreros, en que constan los pactos y reglamentación del contrato de trabajo, la cuenta corriente entre ambos, etc.

Como documentos firmados por una sola parte, debieran asimilarse á las cuentas domésticas; pero si así se hiciera, se desnaturalizaría su efecto. Es, pues, más conveniente equipararlos á los documentos privados, suscritos por ambas partes para que pudieran tener eficacia probatoria. No lo han hecho así algunas leyes; por el contrario, las de Alemania é Italia, los tienen, tal como son, por verdaderos medios de convencimiento para los hombres buenos.

Otra particularidad en cuanto al sistema probatorio está en el juramento.

Es notorio que este medio de prueba va perdiendo la confianza de los legisladores modernos, por lo menos en algunos procedimientos; hecho del cual en otra parte he dado las pruebas (1).

Baste añadir aquí, que en Hungría la ley 18, de 1893, abolió la prueba por juramento. En Italia, la ley sobre hombres buenos ha abolido también el juramento como medio de prueba.

28. El último punto que queda por examinar del procedimiento ante los hombres buenos, se refiere á los modos de impugnar sus decisiones. Hablando de la competencia en razón al valor (2), ya traté de las apelaciones, resultando que cuando se limita por dicho principio del valor la competencia de los hombres buenos, las sentencias que dan se declaran inapelables, mientras cuando no se limita, se admiten las apelaciones.

Pero en el primer caso, aceptan, sin embargo, todas las le-

(1) Véase mi *Teoría de la prueba (a)* vol. 2.°, núm. 464, pág. 375.

(2) Véase nuestro núm. 21.

(a) Que bajo la dirección del Sr Manresa, y traducida por el Sr. Aguilera, está publicando esta REVISTA.—*(N. del T.)*

gislaciones una apelación especialísima, distinta de la ordinaria, bien por razones de incompetencia, ó bien por exceso de poder, exceso que, después de todo, no es otra cosa que el máximum de la incompetencia.

29. Como ya hemos dicho, la jurisdicción civil de los hombres buenos se ejerce también con funciones arbitrales. Las legislaciones consideran estas funciones, ya como fundadas sobre la propia jurisdicción, ya constituyendo funciones especiales.

En Francia, al lado de los hombres buenos, coexiste, según la ley de 27 de Diciembre de 1892, el arbitraje entre empresarios y obreros. Según esta ley, los empresarios, trabajadores y encargados, entre quienes surgiere una cuestión de orden colectivo sobre las condiciones del trabajo, *pueden* proponer su solución á un comité de conciliación, y si no se llegara á constituirle, á un consejo arbitral. Para la constitución de este consejo, los interesados notifican su propósito al Juez de paz y sus delegados, y el Juez de paz notifica á su vez los nombramientos y citaciones á las partes. Si éstas aceptan, nombra á sus delegados, los cuales últimamente eligen el árbitro común. La ley no admite imposiciones, sino puras sanciones morales para producir el arbitraje; pero el laudo no tiene fuerza obligatoria.

De igual modo en Alemania, según la ley de 29 de Julio de 1890, las controversias entre industriales y operarios sobre continuación ó renovación del contrato de trabajo, pueden invocarse ante los Tribunales industriales para llevar á efecto la conciliación. De no conseguirse, el oficial debe pronunciar un juicio arbitral, que las partes son libres de respetar ó no. El juicio arbitral y las declaraciones de las partes son públicas.

En Austria, la ley de 15 de Marzo de 1883, que restauró y endió cuidadosamente el régimen de las corporaciones de icios, reglamentó también las funciones de las comisiones bitrales, tan íntimamente ligadas con aquel sistema corpoivo. Por efecto de esta reglamentación, las corporaciones

destinadas á mantener vivos el espíritu de cuerpo y el sentimiento del honor profesional, promover el desarrollo de los intereses comunes y procurar un sistema de tirocinio é instituciones preventivas, pueden constituir comisiones arbitrales para la resolución de los conflictos entre empresarios y obreros sobre los salarios, el trabajo y operaciones y procedimientos técnicos. La competencia de estas comisiones, en conformidad con su naturaleza, está subordinada á las condiciones establecidas anteriormente y por escrito entre ambas partes.

En Hungría, la misma tendencia restauradora del régimen corporativo que inspiró en Austria la ley citada de 1883, determinó el Reglamento industrial de 21 de Mayo de 1884, que estableció las corporaciones y constituyó con cada una de las instituídas un tribunal especial de arbitraje, compuesto de empresarios y obreros, para la decisión de las contiendas suscitadas entre empresarios, trabajadores y aprendices. Presiden estos Tribunales arbitrales, comisarios oficiales, y se componen por mitad entre las clases de capitalistas y trabajadores. Antes de proceder al juicio, deben procurar la conciliación de las partes, y contra sus decisiones se da el recurso devolutivo para ante los Tribunales ordinarios. Además de las cuestiones usuales entre ambas clases, conocen estos Tribunales de las del contrato de tirocinio, su principio y término, cumplimiento de los deberes recíprocos, demandas de indemnización por causa de cesación del mismo contrato de tirocinio ó del de trabajo, etc., todas las cuales se juzgan sin apelación, pero salvando siempre el recurso devolutivo ante los Tribunales ordinarios, el Tribunal arbitral de la corporación ó ante la misma autoridad industrial de primera instancia, que, según los casos, es, ó el Juez, ó el Colegio de Magistrados municipales, ó el Jefe de la policía, ó la Autoridad del distrito.

En Inglaterra, donde no hay hombres buenos, según el tipo continental, existen haciendo sus veces funcionarios arbitrales voluntarios y funcionarios de conciliación. De acuerdo con la institución arbitral, iniciada por Kettle, los obreros y empre-

sarios eligen por partes iguales un consejo de arbitraje encargado, mediante este mandato, de decidir sin apelación las cuestiones surgidas entre aquellas clases. El consejo suele fijar también todos los años la medida de los salarios y las condiciones del trabajo, dejando su aprobación á la discrección de empresarios y obreros; pero es tanta la influencia usual de sus tarifas y reglamentos, que casi siempre son aceptadas. Además de esto, se atiende á la eficacia coercitiva de estas reglas con la obligación que las partes suelen contraer de someter sus cuestiones al consejo arbitral después de una tentativa de conciliación ante un comité especial; obligación que se hace constar mediante cláusulas escritas en los contratos de trabajo.

De acuerdo también con el sistema de la conciliación, promovido con tanto celo y cuidado por el Diputado Mundella en la Cámara de los Comunes, los representantes de empresarios y obreros resuelven de mutuo acuerdo las cuestiones de ambas clases, proponiendo después su resolución á la aprobación de las partes. Tampoco estas decisiones tienen fuerza coactiva, pero siempre una grandísima influencia moral.

Como se vé, en todas estas leyes las funciones arbitrales para decidir las cuestiones originadas del contrato de trabajo, hasta tal punto son independientes de las funciones judiciales, que éstas pueden muy bien faltar y existir aquéllas.

No sucede lo mismo en Bélgica é Italia.

Según las leyes de estos países, el Colegio de hombres buenos puede tener el carácter de Tribunal arbitral, de suerte que de este modo su jurisdicción puede traspasar los límites de valor que antes le impuso la ley.

30. Con esta noticia sumaria he trazado á grandes rasgos los caracteres esenciales de una institución que forma de por sí todo un nuevo derecho procesal para necesidades especiales.

Esta institución no existe aún en España, aunque sí se han hecho sobre ella algunos proyectos de ley (1); pero esperamos

(1) En efecto, no hay ley en España sobre hombres buenos; pero la ins-

que también España tendrá en breve una legislación sobre hombres buenos, fundada en las buenos principios de la ciencia.

CARLOS LESSONA,

Abogado; Profesor de la Universidad de Roma.

---

titución no nos es desconocida. Los jurados mixtos al estilo inglés de Kettle y Mundella, han funcionado, y siempre con buen éxito, con ocasión de conflictos entre capitalistas y obreros. Es, pues, en nuestra pátria una institución consuetudinaria y accidental.—*(N. del T.)*

REVISTA HISPANO-AMERICANA

Proyecto de Código judicial en Colombia.

Para el estudio de la Jurisprudencia en general, y en especial de la de Colombia, se ha fundado en la ciudad de Bogotá la *Sociedad Colombiana de Jurisprudencia*, que ha organizado, para atender al objeto de su establecimiento, las siguientes secciones: 1.ª, Jurisprudencia Civil; 2.ª, Jurisprudencia Comercial; 3.ª, Jurisprudencia Procedimental; 4.ª, Jurisprudencia Penal; 5.ª, Jurisprudencia Fiscal; 6.ª, Jurisprudencia Minera; 7.ª, Economía Política y Estadística; 8.ª, Derecho Internacional privado y público; 9.ª, Derecho Público; 10.ª, Reformas en la Legislación colombiana, y 11.ª, Codificaciones colombianas. Organo de la Sociedad es la Revista *Anales de Jurisprudencia*, cuyo primer número, esmeradamente impreso en la ciudad citada, hemos recibido. Hállase encomendada la dirección de la Revista al Dr. D. Adolfo León Gómez, siendo miembros principales de la Comisión de publicaciones los señores doctores Teodoro Valenzuela, Edmond Champeau, Guillermo Uribe, Diego Mendoza y Eduardo Posada, y suplentes los señores doctores Manuel M. Fajardo, Ramón Gómez, Enrique Gamboa y Alejo de la Torre. La creación de sociedades y publicaciones de esta índole merece el aplauso y cariñosa simpatía de cuantos siguen con interés el progreso de las instituciones del Derecho en las Repúblicas hispano-americanas, por lo cual enviamos nuestra cordial felicitación á los distinguidos jurisconsultos que han llevado á la práctica tan elevado y patriótico pensamiento.

Uno de los asuntos que han ocupado la atención de la Sociedad Colombiana de Jurisprudencia, ha sido la redacción de un informe, solicitado por el Consejo de Estado, y referente á una materia de gran importancia para el país. La ley 62 de 1894 ordenó al Consejo que

hiciera una compilación del Código judicial y las leyes que lo forman, poniendo en vigor ese cúmulo de disposiciones, como único Código judicial, el día que el Poder Ejecutivo lo dispusiera. El Consejo ha cumplido lo ordenado por la ley y ha palpado que el resultado es tan defectuoso, que, en vez de salir del caos en que hoy se encuentra este importante ramo de la Administración pública, la confusión será cada vez mayor, porque si en la actualidad puede el Juez, con criterio propio, resolver que un artículo del Código está reformado por otro de alguna ley, al estar ambos compilados en un solo cuerpo y sometidos á numeración continua, difícilmente podrá formar juicio sin dedicarse antes á un estudio largo y enfadoso; sin contar con que no es aceptable que en un Código haya disposiciones que se contradigan y modifiquen unas á otras. En vista de éstos inconvenientes, el Consejo resolvió formar un Código nuevo que, después de estudiado en primer debate, y aprobado, se ha publicado en el *Diario oficial*, con objeto de excitar á las personas competentes para que hagan indicaciones sobre los cambios, correcciones ó supresiones que deban hacerse; y no creyendo suficientes las invitaciones hechas, se ha dirigido en circulares especiales á los Magistrados y Jueces, y á los publicistas, á fin de obtener consejos é indicaciones.

Tanto en los miembros de la Comisión como en los de toda la Sociedad Colombiana de Jurisprudencia, ha sido unánime el convencimiento de que la adopción de un nuevo Código es cuestión muy delicada y que debe madurarse mucho, teniendo este convencimiento su apoyo en la práctica general de las naciones civilizadas, pues en ellas la codificación ha sido de ordinario obra sometida á muy detenido examen de diversas entidades. Francia, que dió á principios del siglo el grande ejemplo, y cuyo Código Civil ha servido de base á la mayor parte de las legislaciones modernas, tiene un Código de procedimiento que es tachado de imperfecto por sus largos términos, sus trámites complicados y costosos, y algunas de sus formas anticuadas; defectos naturales, puesto que no es más que una edición algo mejorada de una Ordenanza del reinado de Luis XIV, expedida en 1667. La necesidad de su reforma ha sido reconocida de tiempo atrás, y en la épo del segundo Imperio se redactó un proyecto que el Consejo de Esta estuvo discutiendo. Caído el Imperio, se dió de mano á la obra has 1882, en que se volvió á emprender, pero todavía no se ha terminad España, cuyas antiguas disposiciones de procedimiento se conserv

en Colombia, y cuya ley de Enjuiciamiento civil de 1855 ha sido fuente del Código judicial, á la sazón vigente en aquel país, tardó hasta 1881 en formar su Código de procedimiento civil, y hasta 1882 en formar el de procedimiento criminal. Chile, cuyo Código civil, promulgado en 14 de Diciembre de 1855, ha adoptado Colombia, no tiene Códigos de procedimiento; hecho que disculpa D. Aníbal Echevarría y Reyes, diciendo que «proviene de la legítima ambición de poseer Códigos originales apropiados á nuestras costumbres y que no sean trasuntos más ó menos fidedignos de lo que á este respecto se encuentra en otras naciones».

Estos pocos ejemplos bastan para probar que la labor es árdua y ha exigido prolijo estudio en países que abundan en jurisconsultos eminentes. Por otra parte, un Código no debe ser un edificio nuevo, sino un edificio antiguo en que se conserven los cimientos y las paredes maestras para evitar que se desplome; que ha de ser bien reformado y mejorado para la mayor seguridad y el mejor servicio, y en que se necesita una buena y ordenada distribución de los Departamentos, que permita encontrar en cada uno de ellos cómoda y fácilmente lo que le corresponda. Sabido es que de ordinario se puede hacer más pronto y con menos dificultad ese edificio enteramente nuevo. La obra de la reforma legislativa y de la codificación, es de laborioso estudio y de difícil conciliación. Debe atenderse á la tradición y á las costumbres, y abrir al mismo tiempo el espíritu á las ideas y á las necesidades nuevas. La escuela histórica y la escuela filosófica tienen cada una, en parte, razón, sucediendo en esto lo que pasa en casi todas las controversias, lo que ocurre, por ejemplo, entre los partidarios de la autoridad y los de la libertad.

Seguramente el celo del Consejo por cumplir la ley 62 de 1894 aunque no en su letra, por los inconvenientes que el mismo Consejo apunta, sí en su espíritu y en su objeto, es lo que motiva su resolución de presentar el Proyecto al Congreso en sus próximas sesiones.

Sería, sin embargo, muy conveniente que se abstuviera de tenerlo en cuenta en ellas el Cuerpo legislativo, y que se limitase á ordenar ue se publique en edición especial y se distribuya á los Magistrados e la Corte Suprema y de los Tribunales de distrito, á los Jueces, á os empleados del Ministerio público y á los Abogados de nota, con bjeto de que den su opinión al Consejo de Estado y propongan s modificaciones que tengan por conveniente, insertándose sus opi-

niones en el *Diario oficial*. Con tales datos el Consejo debería revisar el proyecto y presentarlo en su forma definitiva al Congreso de 1898, sirviendo las publicaciones en el *Diario oficial* para formar la opinión de los Diputados.

Aun convendría que se abriera un concurso, como se ha hecho en Chile respecto del Código de procedimiento criminal, y se premiara convenientemente el mejor trabajo que se presentase sobre el Proyecto, á juicio de la Corte Suprema. Con un estímulo semejante, se obtendrían producciones que honrarían al país, levantando y ensanchando el estudio de la Jurisprudencia, compensando con creces cualquier sacrificio pecuniario, porque contribuirían al mejoramiento de la administración de justicia y prepararían el campo para nuevas y muy importantes labores, ya que el estado de la cultura colombiana exige el llamamiento eficaz de las inteligencias nacionales á trabajos serios y de verdadera utilidad que requieren pacientes y sostenidos esfuerzos. La aspiración debe consistir en formar un Código de procedimiento original, nacido verdaderamente en el país, porque tal vez más que ninguna otra ley, requieren las de esta índole que se tengan presentes sus hábitos, sus vicios y su modo especial de ser, para satisfacer cumplidamente sus necesidades.

Una aguda especie popular pone de relieve burlescamente la índole de cada una de las tres repúblicas en que se dividió la antigua Colombia, juzgando que existe en ésta desmesurada y exclusiva pasión por las leyes y los litigios; mas esta sátira puede llegar á ser útil si se sabe aprovechar bien la tendencia que se satiriza. Toda inclinación natural revela una aptitud que merece ser bien cultivada, y la afición del leguleyo, estimulada noblemente, puede convertirse en la profunda consagración del jurisconsulto que investiga la Justicia. El genio que creó la inmortal Jurisprudencia romana, debió despuntar como una propensión, que fué aleccionándose, y adquiriendo fuerza é influencia, amplitud y grandeza. Quizá en Colombia han existido y existen perversos Abogados, que han contribuído poderosamente á la aniquiladora inseguridad del Estado y pervertido las leyes y las costumbres. Como un Código de procedimiento, si no fuese bueno, fecundaría el germen de los malos Letrados, merece plácemes la actitud de la Sociedad Colombiana de Jurisprudencia, al dedicar su atención al estudio del proyecto, concediéndole toda la importancia que tiene para el desarrollo de las instituciones jurídicas del país.

El hurto doméstico y el abuso de confianza.

La *Revista del Foro*, de la Habana, que con oportunidad que no es necesario encarecer se ha ocupado recientemente de «El derecho internacional en la legislación de la isla de Cuba durante el año 1895», publica un interesante estudio acerca del art. 538 del Código penal de Cuba (538 del de la Península), debido á D. Enrique Roiz, Abogado fiscal sustituto de la Audiencia de la Habana. Con claridad y suma precisión se trata en él de un punto dudoso de derecho, en la forma de que vamos á dar conocimiento á nuestros lectores.

La interpretación de la ley Penal y su aplicación práctica á los hechos que diariamente se someten al fallo de nuestros Tribunales, origina en determinadas circunstancias problemas de verdadero interés y cuyo estudio resulta siempre provechoso, no sólo porque con él se llega hasta el verdadero espíritu del legislador, conociéndolo en todos sus detalles, sino porque se facilita grandemente la aplicación de los preceptos legales en el terreno práctico.

El art. 538 del Código penal de Cuba, que trata del hurto cualificado, en el que concurre la circunstancia de domesticidad ó grave abuso de confianza, ha suscitado en su aplicación algunas dudas, que aunque resueltas por el Tribunal Supremo en el sentido que luego se verá, origina aún no pocas discusiones respecto al mayor ó menor alcance de su número segundo. Dice así el expresado artículo: «El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado á las respectivamente señaladas en los artículos anteriores: 1.°, si fuere de cosas destinadas al culto, ó se cometiere en acto religioso ó en edificio destinado á celebrarlo; 2.°, si fuere doméstico ó interviniere en el hecho grave abuso de confianza; y 3.°, si el culpable fuere dos ó más veces reincidente.» Separemos desde luego los núms. 1.° y 3.° del citado artículo, y fijemos nuestra atención en el núm. 2.°, cuya sencilla redacción parece justificar en algo las dudas que sobre su aplicación sugiere la práctica.

El hurto doméstico, ó sea el realizado por un criado de la casa durante su permanencia en la misma; «siendo indiferente que lo sea temporal ó accidentalmente para adquirir dicho carácter—sentencia de 2 de Diciembre de 1872—y el hurto en que interviniere por parte del autor y con relación al ofendido grave abuso de confianza, se cas-

tigará, según el texto legal citado, con una pena superior en grado á la respectivamente señalada en los artículos 535, 536 y 537, que tratan de las demás clases de hurtos. Sin ocuparse de las razones y motivos que asistieron al legislador para dictar este precepto, que lleva un aumento de pena considerable para aquellos que cometen un delito de hurto dentro de cualquiera de los casos del art. 538, fijemos bien el alcance del núm. 2.°, respecto de las varias personas que con caracteres distintos concurren á la realización de un hurto doméstico ó de un hurto en que intervinlere grave abuso de confianza. Y ya en este terreno, llevemos el problema á los detalles de un caso práctico, para fijar mejor los puntos del mismo. A., criado de una casa, se asocia con dos individuos, B. y C., que no ignoran la condición de doméstico del primero, y convienen en sustraer de un escaparate de la casa en que A. está sirviendo cierta cantidad de dinero, cuya sustracción la realiza A. sin fuerza en las cosas ni violencia en las personas, repartiendo luego el dinero, entre B., que por los actos que realizó, es coautor del delito, y C., que aparece como encubridor del mismo. Tenemos, pues, un hurto doméstico en toda su pureza, realizado por A., criado de la casa, en compañía de B. y C., extraños estos dos últimos á la casa hurtada, pero conocedores de que A. era el criado de la misma, de cuyo carácter se valieron para realizar con mayor facilidad el delito.

Ahora bien: ¿cómo debemos calificar este hecho? ¿De hurto doméstico para los tres procesados, ó de hurto doméstico exclusivamente para A., y de hurto simple en cuanto á los otros dos, B. y C.? La diferencia vale la pena, y la distinción, si es que existe, se impone, pues no olvidamos que el Código determina que los reos de hurto doméstico serán castigados con una pena superior en grado á la señalada para los delitos de hurto simple, con lo cual varía notablemente la suerte de los procesados B. y C. que, sin ser domésticos de la casa, ni haber obrado con grave abuso de confianza, van á correr la misma y desgraciada suerte que A., en quien concurre la primera de aquellas circunstancias. Los comentaristas de nuestro Código penal, bien escasos en número, no tratan, al ocuparse del art. 538, esta duda, que si en la práctica se ofrece, debió ocurrir también en la esfera de los princ- pios; puesto que, como veremos luego, la solución de la misma, parte d verdadero concepto que integra el delito de hurto cualificado; conc- to que, antes que en las resoluciones de nuestros Tribunales, del quedar fijado en los estudios fundamentales del Código. Sólo el se-

Viada y Vilaseca, que recordemos, en su excelente obra tantas veces consultada en la práctica, expone, al ocuparse de este artículo, su opinión sobre el alcance del número 2.º en los términos siguientes: «Opinamos nosotros que si el extraño no ignora que coopera á la ejecución de un hurto doméstico, por constarle que su consorte en el delito es criado de la casa donde se perpetra, su responsabilidad no puede menos de ser la de coautor ó cómplice del propio delito á cuya ejecución conscientemente coadyuva con sus actos de coparticipación y cooperación.» La opinión respetable del Sr. Viada, en oposición á la sustentada por el Tribunal Supremo en sentencias que el Sr. Viada cita en la misma página en que expone su criterio, ofrece motivos para pensar que el ilustre comentarista ha participado por esta vez de un error que explica el equivocado alcance que da al núm. 2.º del art. 538. Y el error consiste en que ni el conocimiento, ni la conciencia que pueda tener un individuo de que su coautor ó cómplice de un hurto doméstico es criado de la casa donde éste se realizó, constituyen motivos ni fundamento bastantes para hacer llegar hasta este extraño la grave responsabilidad que según nuesto Código pesa sobre el autor, cómplice ó encubridor de este hurto cualificado.

Lo esencial, lo característico del hurto, de que habla el art. 538, es precisamente algo particular, personalísimo, que sólo puede tenerse en cuenta respecto de aquellos en quienes concurran una de estas dos circunstancias: domesticidad ó grave abuso de confianza. Este es el verdadero concepto del delito que nos ocupa, sin que pueda generalizarse el alcance del mismo, pues tratándose de una condición particular, sólo debe tenerse en cuenta en aquellos en quienes concurran. Aun cuando se tenga conciencia absoluta de que uno de los procesados obró con estos caracteres, la ley por esto sólo no puede condenar al coautor, cómplice ó encubridor en quienes no concurra esa cualidad personal con la misma pena con que castiga á aquel ó aquellos que la reúnen. Y la razón de esto está en que lo que el Código castiga en este hurto con pena superior en grado á la de los demás hurtos, es el acto por el cual, abusando el hombre gravemente de la confianza que en él se ha depositado, ó de una cualidad con la que se le ha distinguido, realiza un hecho que, si resulta punible en un extraño, lo es también en mayor grado, en aquel que de tal manera violenta la relación personalísima creada entre él y su víctima. Por esto, en opinión del Sr. Roig, lo que resulta particular, propio y exclusivo en algunos, no puede ni es

justo aplicarlo como regla general á todos los que cooperan ó participan del delito, envolviéndolos así en un mismo castigo, que si es merecido para unos, no parece justificado para otros. El Sr. Viada se fija únicamente en el conocimiento que el coautor ó cómplice tenga del carácter de doméstico de su consorte en el delito, mas es otra la base de la distinción, y para castigar este delito y penar á los que en él intervienen en uno ú otro concepto, hay que fijarse en lo que es esencial al mismo, y conforme á ello castigar con una pena—la superior en grado—al que lleve en sí esta condición especial, y con otra—la correspondiente á los hurtos simples—á los que concurran á la obra defectuosa, sin ostentar ni aprovecharse de un carácter que no les pertenece. Volviendo al hecho práctico antes expuesto, puede concluirse que para A., criado de la casa en que cometió el delito, la calificación que procede es la de autor de hurto doméstico, y para B. y C., compañeros de A., sólo puede acusárseles de coautor y encubridor, respectivamente, de un hurto simple.

El Tribunal Supremo ha sostenido este mismo criterio en sus sentencias de 1.º de Julio de 1887 y 12 de Diciembre del propio año, insertas en los *Cuestionarios* del Sr. Viada. En la primera de dichas sentencias se consignan las siguientes razones, que vienen á robustecer el anterior criterio: «Considerando que la circunstancia que califica el delito de hurto, cuando fuere doméstico ó interviniere grave abuso de confianza, consiste en la relación directa y personal del ofensor con el ofendido, y cuando esta circunstancia no concurre en algunos de los que tomaron parte en el delito de hurto, por más que exista, sí, en otro ú otros de los responsables del mismo, no debe estimarse calificado el delito para todos los procesados, y sí sólo para aquellos en quienes concurra la relación directa y personal con el ofendido, que el núm. 2.º del art. 533 del Código—538 del de Cuba—castiga con pena superior á la señalada en el núm 531...» En otra sentencia de 12 de Diciembre de 1877, y tratándose de un hurto en que concurrió grave abuso de confianza por parte de uno de los procesados, se hacen análogas declaraciones, expresando «que las circunstancias que consisten en las relaciones particulares del delincuente con el ofendido sólo afectan á los autores, cómplices ó encubridores en quienes concurran».

El criterio sostenido por el Tribunal Supremo, en oposición al del Ministerio fiscal, cuyas calificaciones, análogas en los casos respectivos á la opinión sostenida por el Sr. Viada, ha originado las dos sen-

tencias citadas, termina diciendo el Sr. Roig, nos parece justo y equitativo, y fundado en el verdadero concepto del delito de hurto cualificado, á que se refiere el art. 538 de nuestro Código penal. Siempre hemos creído que la severidad de las penas, á los efectos del fin que las mismas se proponen, estaba en razón directa de la equidad y justicia que deben siempre informarlos. Y por eso, porque creemos equitativo y justo que lo que es propio y personal en unos, no debe considerarse como condición general á todos, hemos aceptado sin escrúpulos el sano criterio del Tribunal Supremo y aplicado en casos prácticos su buena y moralizadora doctrina.

ENRIQUE CORRALES Y SÁNCHEZ.

REVISTA DE LA PRENSA JURIDICA EXTRANJERA

POR

JERÓNIMO VIDA,

Catedrático de la Universidad de Granada.

De la nulidad de las obligaciones. (Líneas fundamentales sobre la invalidez de los actos entre las partes y con relación á terceros.) *Archivio Giuridico*, tomo 56, números 3.° y 4.°, págs. 179 255.

Aunque la nulidad de todo lo que es contrario á la ley sería el medio más seguro y sencillo de asegurar su observancia, sin embargo, no siempre es así, ni es necesario.

Respecto de las leyes permisivas y declarativas, no puede hablarse de actos contrarios á ellas, porque está en su naturaleza que se puedan realizar actos contra lo que disponen.

Las leyes prohibitivas son de orden público si prohiben el acto ó contrato objetivamente, sea considerado en sí ó con relación á determinados individuos, y de mero interés privado, cuando prohiben hacer algo sin el consentimiento de otro.

Las leyes imperativas y las prohibitivas se pueden clasificar entre las de *orden público*, y los actos ó contratos contrarios á ellas deberían considerarse como no existentes, aunque el legislador no lo hubiera dicho por modo expreso; pero no ocurre así, porque el legislador, qué debe esperar á proteger bien los intereses de los particulares, tiene que reconocer que, en algunos casos, declarar la inexistencia del acto realizado sería más perjudicial al orden público que la violación de la ley cometida.

La violación de las leyes de orden público se castiga directamente, según la importancia del acto realizado, ó con una multa, reconociendo ó no como válido el acto, ó con la nulidad relativa, ó con la nulidad absoluta, ó con la inexistencia del acto.

Las nulidades pueden cometerse: respecto al *modo*, *por omisión*, dejando de observar alguna disposición de ley, ó *por comisión*, haciendo algo contrario

á lo que ésta dispone; y respecto al *tiempo*, en el momento en que se origina un acto ó contrato, ó después, al desenvolverse sus consecuencias.

Las nulidades que se pueden cometer en la celebración de un acto ó contrato se refieren á sus condiciones *intrínsecas* ó *de fondo*, ó *extrínsecas* ó *de forma*.

Las primeras afectan al acto ó á la capacidad de las partes, que debe ser personal y patrimonial. La capacidad personal falta por la incapacidad, que puede ser tutelar ó prohibitiva. La capacidad patrimonial falta cuando el individuo no puede disponer legalmente de lo que es objeto del contrato, aunque esté en su patrimonio, por prohibirlo disposiciones de orden público, como la de que el obligado debe cumplir sus obligaciones con todos sus bienes muebles é inmuebles, presentes y futuros, y la que determina la parte de que puede disponer el que deja al morir descendientes y ascendientes. Estas disposiciones pueden ser violadas ó con actos *simulados* ó con actos en *fraude de acreedores*.

Las segundas afectan á la forma externa que debe recibir el contrato y sus requisitos: si es menester ó no documento escrito, si debe ser público ó privado, sus requisitos, la capacidad del Notario ó funcionario que lo expide y de los testigos.

Las especies de nulidad son las siguientes:

A) Inexistencia jurídica de los actos. Cuando los actos son realizados con infracción de la ley, se deben considerar como no acaecidos. Pueden tener una apariencia de mero hecho y aun una apariencia jurídica: pero no producen ningún efecto.

B) Nulidad absoluta. Cuando uno ó varios de los requisitos del contrato está viciado por manera que hace necesaria la posibilidad de declararlo nulo; pero en tanto que no se hace esta declaración de nulidad, el acto produce sus efectos propios, según su naturaleza, como si fuese perfectamente válido. En esto se distinguen los actos nulos ó anulables de los inexistentes, los cuales no pueden producir nunca ningún efecto.

C) Actos anulables son aquellos que, como los absolutamente nulos, están afectos de algún vicio por el cual pueden ser anulados, pero cuya nulidad sólo pueden reclamar personas determinadas y no todas las que pudieran tener interés en ello, por lo cual el acto, aunque anulable, produce sus efectos como si fuere perfectamente válido respecto de aquellos á quienes no es dado por la ley prevalerse de la nulidad.

La *acción de rescisión* es aquella por la cual el que ha sido lesionado en un contrato determinado, puede pedir su disolución, con la restitución de los cosas *ad pristinum*. La palabra *rescisión* indica algo que existía regularmente y que se destruye, lo cual no ocurre en la *nulidad*. Hay *nulidad* cuando la obligación carece de alguna condición requerida para su validez; hay *rescisión* cuando, siendo la obligación válida, produce, sin embargo, *lesión*.

La nulidad y la rescisión dan lugar á dos acciones distintas, aunque el código francés, el italiano y otros usan á veces promiscuamente la expresión «*acción de nulidad y de rescisión*». La génesis histórica nos las presenta distintas y en cierto modo opuestas. En el derecho romano la rescisión era una institución de derecho pretorio, para mitigar el rigor del puro derecho civil. En el antiguo derecho francés existía también la distinción entre acción de nulidad y acción de rescisión, fundada en principios análogos á los del derecho romano. El código Napoleón, tratando en una sola sección de ambas acciones, ha hecho surgir la duda de si debe considerarse abolida toda distinción entre ellas, considerándolas fundidas en una y sometidas á idénticas reglas. Lo propio ocurre con el código italiano. Pero la doctrina más autorizada considera distintas las dos acciones.

Ambas pueden competir á la misma persona contra el mismo acto, y el ejercicio de la una, ni significa la renuncia de la otra, ni interrumpe su prescripción.

En el Código civil español la acción de nulidad y la de rescisión se distinguen acaso como en ningún otro, tratándose de ellas en dos capítulos distintos, y estableciéndose que, en caso de concurrencia de ambas, debe ejercitarse antes la de nulidad, porque la de rescisión es subsidiaria, y no puede ejercitarse sino cuando se carece de todo otro remedio para la reparación del daño.

Sirven también para privar de eficacia á los actos ó contratos en las relaciones de las partes entre sí ó con respecto de terceros:

La *acción de simulación*, por la cual se demuestra que las partes, bajo la apariencia de un contrato determinado, quisieron celebrar otro distinto (simulación relativa), ó no quisieron celebrar realmente ninguno (simulación absoluta).

La *acción pauliana*, por la cual los acreedores piden la nulidad de los actos realizados por su deudor en fraude de sus derechos.

La *acción de reducción*, por la cual algunas donaciones ó disposiciones testamentarias se reducen porque recaen sobre bienes de que no podía disponer el deudor.

En todos estos casos no se puede hablar de una verdadera y propia acción de nulidad.

Todas estas acciones, que se originan por la lesión sufrida en el patrimonio de terceros por actos de uno de los contrayentes, se fundan sobre la incapacidad patrimonial de éste.

Las acciones de nulidad se fundan sobre un interés público ó privado *presunto*, que no es menester probar cuando se pide la anulación del acto.

Las acciones nacidas de la *lesión* se originan por un perjuicio realmente sufrido por una de las partes ó por terceros, y no se conciben sin la persona perjudicada.

Con las verdaderas acciones de nulidad se impugnan actos que no han nacido ó no han nacido perfectos. Con la acción pauliana ó la de rescisión, un contrato, en sí perfecto, viene á disolverse en todo ó en parte por consideraciones extrañas á sus elementos propios y necesarios.

La simulación por sí misma no es un vicio del contrato. Cuando existe un contrato, y es lícito y no daña á los intereses de los demás, no importa que se haya simulado bajo la apariencia de otro, y se podría rechazar la acción tendente á desenmascararlo porque *frustra probatur quod probatum non relevat.*

Cuando el acto simulado se ha realizado para encubrir una convención contraria á una ley prohibitiva, para eludir una incapacidad, para defraudar los intereses de terceros, entonces la acción de simulación es admisible. Esa acción, por tanto, más bien que una acción directa, es un medio de prueba para poder ejercitar otra acción, sea de nulidad ó de rescisión.

Entre la inexistencia jurídica, la nulidad absoluta y la relativa, se pueden señalar las siguientes relaciones y diferencias: Se llama inexistente el acto al que falta cualquiera condición esencial para su existencia de hecho, insubsanable por confirmación ó prescripción, que no tiene necesidad de ser pronunciada por el Juez, porque existe independientemente de toda sentencia y el Magistrado debe declararla *ex officio.* La acción de nulidad por error, violencia ó dolo, y la incapacidad civil de contratar, hacen imperfecto el consentimiento y dan lugar á simple anulabilidad que pueden proponer los incapaces y que se distinguen claramente de la nulidad pronunciada directamente por la ley.

No deben confundirse los casos en que la ley da á ciertas personas el derecho de pedir la nulidad de un acto y aquellos otros en que la ley directamente declara nulos ciertos actos. En ambos casos, la ley pronuncia la nulidad y el Juez hace sólo su declaración; pero, en los primeros, esta declaración debe ser pedida por las partes, y entonces el acto se dice *anulable,* mientras que en los otros, la ley misma es quien declara directamente la nulidad, y entonces el acto se llama *nulo,* y si esta *nulidad* puede ser invocada por cualquier interesado, existe la *nulidad absoluta,* y si sólo se permite hacerlo á algunas personas, existe la *nulidad relativa.*

También es menester no confundir la inexistencia jurídica y la nulidad absoluta de los actos. No es exacto decir que donde hay *nulidad absoluta* hay *inexistencia jurídica,* porque se incurre en la contradicción de considerar necesaria la acción para hacer declarar nula una obligación (como ocurre con la nulidad absoluta), cuando si hubiera verdaderamente *inexistencia jurídica* no sería menester acción alguna para hacer declarar que un acto no existe. El acto *inexistente jurídicamente* está destituído de todo efecto legal desde su aparición, y todos pueden obrar y contratar como si no existiera, mientras que el acto *nulo absolutamente* existe en tanto que no es declarado tal, y nadie

puede obrar como si no existiera antes de hacerlo anular; por el contrario, las partes pueden cumplirlo como si fuera completamente válido. Las obligaciones inexistentes no pueden confirmarse, pero si se confirman las afectas de nulidad absoluta ó relativa, de orden público ó de interés privado.

Los motivos por los cuales el legislador pronuncia la nulidad de los actos ó contratos, son de orden público ó de interés privado.

Por motivos de orden público, son ineficaces los actos contrarios á las leyes llamadas de derecho público, que no pueden derogarse por las partes. Pertenecen á esta categoría las leyes constitucionales y de organización política, las administrativas, las de derecho y procedimiento penal, las de seguridad pública; pero hay muchas disposiciones pertenecientes al derecho privado, como las referentes al estado, la capacidad y la ciudadanía de las personas, el orden de las sucesiones y otras, que, aunque no se puedan clasificar entre las leyes de derecho público verdaderas y propias, tocan al interés general, y tampoco pueden ser derogadas por las partes.

Es difícil determinar cuáles leyes son de orden público, y por tanto, no derogables por los particulares, pero se puede tomar como criterio para ello, el ver, si, derogadas por los particulares, lesionarían el intenés social. Cuando ocurra esto, la disposición es de orden público. En la duda se debe estar por la negativa, considerando la ley derogable.

El interés privado es también causa de nulidad de los actos que le son contrarios. Por regla general, el legislador ha creído oportuno dejar á los ciudadanos plena libertad en la gestión de sus negocios y en la tutela de sus intereses. Con tal fin, se ha limitado á disponer los medios para realizarlos eficazmente, pero sin imponer la aplicación efectiva del remedio legal, partiendo del principio que se debe proteger al particular por manera que pueda hacer declarar la nulidad de los actos que lesionan su interés al mismo tiempo que violan las disposiciones de la ley destinada á ampararlo, sin lo cual no sería posible una declaración de nulidad.

De los elementos intrínsecos de los contratos, unos admiten la posibilidad de graduaciones, como la capacidad, que puede ser plena ó semiplena, y el consentimiento, que puede ser enteramente válido ó viciado; y otros no admiten graduación, como el objeto, que es determinado ó falta en absoluto, y al causa, que es lícita ó no lo es. Respecto de estos dos últimos requisitos, el contrato, ó es completamente válido, ó jurídicamente inexistente; y la inexistencia jurídica proviene, ó de que falten de hecho, ó de que, existiendo de hecho, sean reprobados por la ley, y por tanto, como si para ella no existieran

Una de las condiciones necesarias para la existencia de un contrato acto, es que el legislador lo reconozca ó permita; pero, como regla general, legislador reconoce ó permite todas las relaciones de derecho creadas por l particulares, siempre que no estén prohibidas por una disposición especial no se deduzca su prohibición de los principios generales de derecho. A ve

no es el acto ó contrato lo prohibido, sino las condiciones á que puede someterse, y éstas se reputan inexistentes, ora produciendo la nulidad de la convención, y entonces se dice que *vitiantur et vitiant*, como en los contratos y las donaciones, ora dejando subsistente la disposición, y entonces se dice que *vitiantur et non vitiant*, como en los actos de última voluntad.

La *capacidad* se distingue en *natural* y *legal*, y por tanto, la *incapacidad* ofrece también esa distinción. La *incapacidad natural* existe cuando el individuo carece de la facultad de concebir la relación de derecho y de quererla realizar, y entonces la convención ó el acto se reputan como inexistentes. La *incapacidad legal* es tutelar y prohibitiva, refiriéndose la primera á las personas que, por debilidad de consejo, necesitan de la asistencia de otros, y la segunda á las que tienen prohibición de celebrar todos ó algunos actos jurídicos. Los contratos estipulados por los incapaces legalmente no son inexistentes, sino sólo nulos, ora con nulidad de orden público (los que sufran interdicción por causa de pena), ora con nulidad de interés privado (inhabilitados, mujeres casadas).

El *error*, la *violencia* y el *dolo*, que pueden viciar el consentimiento en cualquier contrato ó acto unilateral, no producen la inexistencia de éste, por regla general, porque no excluyen absolutamente el consentimiento; pero pueden darse casos especiales en que adquieren tal intensidad que excluye todo consentimiento, y entonces, más bien que producir la anulabilidad, son causa de inexistencia del contrato.

El *error*, que puede ser de *hecho* ó de *derecho*, preserva á veces de la nulidad actos que verdaderamente en sí serían nulos; pero para ello es menester que reuna los tres requisitos de *excusable*, *común* é *invencible*. El error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando es su causa única ó principal, y puede invocarse para librarse de los efectos de una convención que ha nacido á consecuencia suya, pero no para eximirse de la aplicación directa de la ley. Se exceptúan las confesiones judiciales ó extrajudiciales, y las transacciones, en las cuales no puede invocarse el error de derecho para eximirse del cumplimiento de una convención. El error de hecho produce la nulidad del contrato sólo cuando recae sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto, bien según resulta del contrato mismo, ó de la propia naturaleza de la cosa. El error en la persona no produce, por regla general, la nulidad en los contratos onerosos, y especialmente en los comprendidos en la fórmula *facio ut des*, *do ut des*, porque en ellos la consideración de la persona no es esencial. En los contratos *facio ut facias* y *do ut facias*, en las donaciones y actos de liberalidad, se encuentra más fácilmente que la consideración de la persona ha sido la causa principal de la convención. Pero ni en unos ni en otros existe presunción y puede demostrarse lo contrario. Sólo se exceptúa el matrimonio, en que basta probar el error en la persona para que el contrato se anule.

La *violencia* hace, por regla general, anulable la convención ó acto en que interviene; pero puede llegar, en casos excepcionales, á producir la inexistencia jurídica del hecho, cuando es de tal naturaleza que excluye en absoluto la idea de consentimiento en la manifestación de voluntad, cuando no deja ni aun la posibilidad de elección entre el mal amenazado y el vínculo consensual que se contrae. La violencia, que debe consistir en un *hecho ilícito*, puede ser *física* ó *moral* y ejercida *por la persona en cuyo favor se hace la convención* ó por *otra distinta, contra la persona* que consiente ó contra *otra ligada* con ella por relaciones de parentesco ó amistad. El mal que engendra la violencia puede ser *actual* ó *futuro, determinado* ó *indeterminado*, y puede amenazar á la *persona* ó á los *bienes*. Para constituir la violencia, es menester una actividad de cualquier modo desplegada por el pretendido violentador, sin que baste la condición ó la posición respectiva de los contrayentes, de los cuales el uno esté moral ó jurídicamente sometido al otro.

El *dolo* se ha sostenido por algunos que produce la inexistencia del acto ó contrato cuando alcanza la intensidad necesaria para que pueda afirmarse que sin él la otra parte no habría contratado, y cuando no llega á tanto no produce efecto alguno que merezca llamar la atención del legislador; pero esta doctrina es contraria á la ley, porque el dolo se considera como disminuyente y no como excluyente de la libertad del consentimiento. El dolo se mira aquí respecto de la persona que lo emplea, y la nulidad que produce es una pena contra su autor, por lo cual es menester, para que produzca ese resultado, que se realice por la parte contratante por sí ó por medio de otros, con su conocimiento. El dolo no se presume y debe probarse. Prevalece la opinión de que el dolo de ambos contratantes no se compensa, y debe producir la nulidad del acto; pero el Código español ha aceptado la doctrina contraria, no concediendo acción de nulidad por dolo cuando lo han empleado ambos contratantes.

Por lo que respecta á los requisitos extrínsecos, la convención es verbal ó por escrito. El escrito puede ser público ó privado y exigirse para simple prueba ó para la existencia del acto ó contrato.

Cuando no se exige el escrito para la *existencia* de la convención, no puede haber nulidad absoluta por este motivo, aunque en algunos casos pueda faltar la prueba de la convención si falta un escrito. Cuando se exige el escrito como de esencia en el acto, si falta, se tiene el acto como inexistente jurídicamente. Si las partes han preferido consagrar por escrito el contrato, cuando la ley no lo exigía *ad substantiam*, la nulidad del documento no produce la del contrato en él contenido, que puede probarse de otra manera. Si la ley se contenta con un documento privado y las partes se han valido de uno público, el cual por cualquiera causa debe declararse nulo, es menester ver si puede subsistir como documento privado, porque en este caso la validez del contrato que contiene queda á salvo.

Cuando el escrito se exige *ad substantiam*, de su validez depende la existencia de la convención, y la nulidad de ésta, dependiente de vicios del escrito, sólo puede ser absoluta y produce su inexistencia. La falta de requisitos secundarios no influye sobre la validez de la convención. Por consiguiente, la declaración de nulidad del documento público exigido *ad substantiam*, lleva consigo la del acto ó contrato en él contenido, con excepción del matrimonio, que no se anula por la declaración de nulidad del acta redactada por el encargado del Registro civil.

La existencia aparente de un acto en sí nulo, puede producir sus efectos por medio de la confirmación, ratificación ó ejecución voluntaria, que impiden después alegar su nulidad. No pueden, por tanto, equipararse el acto nulo que ha tenido esa existencia aparente, con el que nunca ha tenido ni aun dicha apariencia.

Los elementos del acto escrito son extrínsecos ó intrínsecos, según que se muestren ó no á una simple inspección exterior y material del título, como, por ejemplo, la falta de firma ó la capacidad y competencia del funcionario que lo autoriza.

En los documentos privados, la ley no ha establecido formas especiales para su validez, salvo para las pólizas ó promesas en que una sola de las partes se obliga hacia otra á pagarle una suma de dinero ó á darle otra cosa valuada en cantidad, en las cuales es necesario que el obligado añada á la firma, con su propia mano, una aprobación que indique en letra la suma ó cantidad debida cuando no escribe el documento por entero. Si falta este requisito el acto pierde su valor, aunque conserve el de un principio de prueba por escrito.

Respecto de los documentos públicos son vicios de nulidad la incompetencia ó incapacidad del funcionario que los autoriza, ó los defectos de forma que resultan de la inobservancia de los requisitos señalados por el Código civil ó la Ley notarial.

La ley presume que el documento es la representación fiel de lo que ha pasado, y por eso le concede fuerza probatoria; pero puede suceder que no sea verdad lo que el documento refiere, que no corresponda á la realidad, que sea falso, y como puede haber interés en demostrar esto, la ley lo autoriza, tanto respecto de los documentos privados cuanto de los públicos, aunque con diversos medios y garantías.

Para los documentos privados basta el desconocimiento ó la negativa de la firma para poner en duda ó negar su correspondencia con la realidad. Respecto del documento privado reconocido y del documento público, se exige la querella de falsedad cuando se trata del contrato ó de los hechos robados en presencia del funcionario que lo ha redactado; todo lo demás, que no está provisto por la ley con la presunción de veracidad, puede demostrarse con la simple prueba contraria.

La querella de falsedad puede ser civil ó penal según que haya mediado ó no dolo y se trate solamente de obtener la declaración de inexistencia del acto ó se busque á los culpables y se persiga su castigo; pero si en un procedimiento civil de falsedad se descubren indicios suficientes de dolo, se suspende y se instruye la causa correspondiente. A falta de esos indicios, el juez civil puede declarar la falsedad del documento. Los juicios de falsedad civil y penal son independientes entre sí, por lo cual, la absolución del imputado de falsedad en la vía penal no lleva consigo la declaración de la veracidad del documento, cuando en el juicio correspondiente no haya sido examinada expresamente también la cuestión de la validez del título. Para que pueda ejercitarse la querella de falsedad, aun en la vía civil, contra un documento público, es necesario que exista un documento regular, al menos aparentemente, porque si debe anularse por cualquier vicio de fórma, no es menester recurrir á la querella de falsedad.

Además de las causas de inexistencia ó de nulidad de las convenciones examinadas, existen otras que pueden privarlas de efecto y que se encuentran, ó en la naturaleza y las condiciones de la convención misma (rescisión), ó fuera de ella (reducción, fraude, simulación). Las primeras deben existir en el momento de la estipulación; las segundas pueden sobrevenir posteriormente. Fundamento común de todas ellas es la *lesión*, sufrida, ó por uno de los contratantes (rescisión), ó por terceros (fraude, simulación y reducción).

La *lesión*, falta de equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, es muy difícil de demostrar en la práctica por el valor relativo de los casos y de los servicios, y de aquí que el legislador no admita la acción de rescisión por causa de ella ni aun cuando se trate de menores, sino en los casos y con las condiciones que expresa. Por ser más fácil establecer la equivalencia entre lo que se debía conseguir y lo que se ha conseguido, se admite la rescisión por lesión en la compraventa y en la división de la cosa común, bastando justificar en ésta la lesión en más de la cuarta parte, mientras que en aquélla debe exceder de la mitad del justo precio.

La acción de rescisión se admite *contra cualquier acto* que tenga por fin poner término á la comunión, califíquese con el título de venta, permuta, transacción ó de cualquiera manera; pero entre esos actos no se comprenden las sentencias ejecutoriadas que distribuyen una cosa entre varios. No es admisible la acción de rescisión contra la venta del derecho hereditario hecha por uno de los coherederos á otro ó á un extraño, á su riesgo y ventura, siempre que se haga sin *fraude*.

En la compraventa se admite la acción de rescisión cuando se trata de inmuebles, el contrato no tiene carácter especulativo ó aleatorio, y es voluntario. El comprador puede hacer cesar la acción dando el suplemento de precio. No puede renunciarse la acción de rescisión en el mismo contrato de venta en que ha tenido lugar, bajo ninguna forma, sea la de renuncia ó l

de donación de sobreprecio. Prescribe á los dos años del día de la venta, y produce el efecto de hacer volver la cosa al patrimonio del vendedor. No se concede al comprador.

El legislador, para proteger á los acreedores, además de exigir que ciertos actos ó contratos se inscriban si han de perjudicar á terceros, concede á éstos el derecho de hacer ineficaces los que se han realizado en fraude suyo. Los actos fraudulentos se diferencian de los simulados, en que en ellos las partes han estipulado realmente lo que resulta del acto, en tanto que en los simulados no han pactado nada en realidad. Hay fraude cuando el deudor dispone de sus bienes con la *intención* de ponerse en estado de no poder satisfacer sus deudas, *perjudicando* así á sus acreedores. Los requisitos del fraude son, pues, *consilium fraudis et eventus damni.*

El fraude no se presume, por regla general; pero, como excepción, se presume en algunos casos, aun con presunción *juris et de jure,* especialmente en materia comercial respecto de algunos actos del quebrado. Cuando la ley presume el fraude, no es menester probarlo, así como tampoco el daño, que también se presume. En los demás casos es necesario probar el daño y el dolo. En cuanto al daño, hay que demostrar que los demás bienes del deudor no bastan para cubrir el crédito y que podría hacerse efectivo sobre los bienes distraídos por el acto fraudulento. En cuanto al dolo, si el acto es á título oneroso, debe haber fraude por parte de ambos contratantes, y si es á título gratuito, basta el fraude por parte del deudor. El dolo del otro contratante consiste sólo en el conocimiento de las intenciones del deudor de defraudar á sus acreedores. Son admisibles todas las clases de pruebas. La nulidad se limita á la porción que basta para garantir los derechos del acreedor. Sólo los acreedores anteriores al acto fraudulento pueden ejercitar esta acción; pero no los posteriores, porque, cuando su derecho nació, la condición del deudor ya les era conocida.

La simulación, que da apariencia de existir á lo que no tiene existencia en realidad, es un medio de defraudar que puede dirigirse contra una disposición de la ley ó contra terceros. La simulación se diferencia de la falsedad en que el documento falso no sólo contiene afirmaciones contrarias á la verdad, sino que esta alteración de la verdad no fué querida por las partes que figuran como contratantes, ó por lo menos, por una de ellas. La simulación es absoluta, cuando las partes no han celebrado en realidad ningún contrato, y relativa, cuando han celebrado un contrato distinto del que aparece. De la primera se decía *colorem habet substantiam vero nullam,* y de la segunda: *colorem habet substantiam vero alteram.*

Como en algunos casos la simulación no produce daño, no se declaran nulos por sí mismos los actos simulados, sino que se exige que contengan fraude para que pueda procederse á su anulación, ó mejor, á *desenmascararlos;* porque si, quitada la apariencia falaz que recibieron, queda una convención

que hubiera podido existir en su forma verdadera, se conserva como válida y subsistente, á no ser que la nulidad sea pena impuesta á la simulación.

Pueden tener interés en *desenmascarar* un acto simulado tanto las partes contratantes cuanto los terceros á quienes perjudica; pero los contratantes no pueden ejercitar la acción correspondiente, cuando se trata de una ley que sólo afecta al interés privado, sin una prueba escrita preconstituída ó, por lo menos, un principio de prueba por escrito, mientras que cuando se trata de una ley de orden público, les basta cualquiera clase de prueba. Respecto á los herederos, se suele distinguir según que obren en calidad de herederos, como continuadores del *de cujus*, ó asuman la calidad de terceros frente á éste para impugnar actos suyos que lesionan sus derechos, afirmándose que en este caso pueden valerse de las mismas pruebas que los demás terceros, que son todas las que reconoce el derecho, y especialmente la de testigos, aunque se trate de actos autorizados por los Tribunales. Pueden ejercitar la acción de simulación aun los acreedores posteriores al nacimiento del acto simulado, porque los bienes no han salido en realidad del patrimonio del deudor.

En caso de simulación absoluta, los interesados pueden obrar como si el acto no existiera, porque de hecho no existe y el magistrado no hace más que reconocerlo así; pero en caso de simulación relativa, como existe efectivamente un contrato, aunque nulo, es menester, antes de obrar directamente sobre los bienes, hacerlo declarar tal por el magistrado. No córre ninguna prescripción, porque lo que no existe no puede crear derechos y ni las partes mismas pueden confirmar el acto simulado, haciendo que produzca en realidad los efectos que estaba destinados á producir aparentemente.

La acción de reducción se dirige contra actos perfectos, que no contienen en sí la causa de la nulidad, sino que depende de circunstancias extrañas á ellos. Se concede á los legitimarios contra los actos á título gratuito realizados por su causante en daño de su legítima, y para ejercitarla se requiere: 1.°, derecho á la legítima: 2.°, que se demuestre que ha sido lesionado, aceptando la herencia á beneficio de inventario; y 3.°, que no se haya renunciado expresa ó tácitamente á la acción. Los herederos, al ejercitar esta acción, aparecen como terceros, porque impugnan actos realizados por el *de cujus* en perjuicio de un derecho que la ley les reconoce.

La reducción se ejerce por vía de excepción, no cumpliendo las disposiciones testamentarias y oponiendo el derecho á quien reclama su cumplimiento, ó por vía de acción; se empieza por las disposiciones testamentarias, que quedan sin efecto en todo ó en parte, salvo la preferencia establecida claramente por el testador, que debe conservarse, y se pasa después á las donaciones, comenzando por la última. No se pueden perseguir los bienes donados que han salido del poder del donatario y se hallan en posesión de terceros, sin hacer antes excusión de los bienes de aquél. Como medios de

prueba para demostrar la existencia de la donación se admiten todos los que competen á los terceros en caso de fraude ó simulación. La reducción sólo produce efecto para los legitimarios, sin que puedan aprovecharse de ella los acreedores del *de cujus*, ni los legatarios.

En los contratos fraudulentos ó simulados, se suelen otorgar por las partes documentos para garantir sus derechos, que por tales contratos aparecen modificados ó transmitidos. Las leyes disponen respecto de estos documentos, que las contradeclaraciones hechas por documento privado sólo pueden producir efecto entre las partes contratantes y sus sucesores á título universal; pero como esta disposición se ha dictado en favor de los terceros y no contra ellos, éstos pueden valerse de esas contradeclaraciones en cuanto les aprovechen.

M. Sterio.

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS *

Tratado de Derecho internacional privado, por el *Dr. D. Antonio S. de Bustamante y Sirven,* Profesor de Derecho internacional público y privado é Historia de los Tratados, en la Universidad de la Habana. *Associé* del Instituto de Derecho internacional.—Tomo 1.°; 550 páginas.—Habana, 1896.

El distinguido Profesor de la Universidad de la Habana, Sr. Bustamante, es ya ventajosamente conocido en el mundo científico por otros trabajos de mérito relevante, indiscutible. Recuerdo, entre éstos, como el más importante sin duda, una muy bien escrita y pensada monografía sobre el *Orden público,* que ha merecido elogios muy entusiastas, tan entusiastas como justos, de la crítica especialista en revistas y periódicos. Ahora publica el señor Bustamante un nuevo libro, que acabará, estoy seguro, por consolidar la buena fama de publicista competente en los asuntos que trata, de que ya goza. El libro á que me refiero es aquel cuyo título va al frente de estas líneas: esto es, el tomo 1.° del *Tratado de Derecho internacional privado;* obra ésta de más empuje que todas las emprendidas y ejecutadas por el Sr. Bustamante hasta ahora, y que, una vez terminada, *llenará,* digámoslo así, un buen hueco existente en nuestra moderna literatura del Derecho internacional. Y lo *llenará* bien: pues de la rápida lectura que acabo de hacer del tomo 1.°, único publicado, infiero que el Sr. Bustamante ha sabido colocarse en una tendencia jurídica muy fecunda, aprovechando con discreto tino todo el trabajo ajeno, y sintetizando con acierto y originalidad materia tan difícil y poco *organizada,* como es la del Derecho internacional privado.

He aquí en breves términos el plan que el Sr. Bustamante desarrollará en su obra, con indicación de lo que se contiene en el volumen publicado.

---

* De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

El Sr. Bustamante divide su *Tratado* en varios libros. En el primero comprende, bajo el epígrafe de *nociones preliminares*, epígrafe que en nuestro concepto no es completamente propio, dadas las materias que abarca, los asuntos importantísimos que en buena lógica constituyen el contenido de una *introducción al Derecho internacional privado;* á saber: concepto del derecho internacional privado, fundamento del mismo, su objeto, fin y caracteres, su clasificación, determinación de su contenido, relaciones, fuentes (muy completo), y método y plan para el estudio y exposición del Derecho internacional privado. Esta introducción ó preliminar, como el autor lo llama, termina con un largo é interesantísimo capítulo, de gran oportunidad en una ciencia en plena formación, como es la del Derecho internacional privado, que se titula *indicaciones bibliográficas*, capítulo que en rigor viene á ser de fuentes científico-literarias para el estudio de la indicada rama del Derecho.

Entrando ya de lleno en la exposición del Derecho internacional privado, el Sr. Bustamante orienta sus ideas mediante un trabajo sobre la historia del derecho positivo y del que llama derecho científico (realmente un capítulo de la historia de la ciencia del Derecho internacional), sirviéndole el análisis crítico de leyes, hechos y opiniones, para formular los principios fundamentales, y las doctrinas capitales, que deben servir para resolver en justicia todos los problemas del Derecho internacional privado. El volumen publicado no comprende más que las nociones preliminares y la historia, tanto del derecho positivo, como del derecho llamado científico. Ambas historias me parecen muy completas; sobre todo, hasta donde yo puedo juzgar, dada mi escasa competencia en la materia, la que me parece más completa, por lo rico de sus informaciones y feliz en la agrupación y sistematización de las opiniones, es la segunda de las dos historias, la del derecho científico.

En los volúmenes siguientes, según el plan expuesto por el autor, habrán de comprenderse, además de los puntos ya indicados, las reglas cardinales aplicables á la materia en nuestra legislación positiva, entrando luego á estudiar por este orden el llamado Derecho civil internacional, el mercantil, el penal internacional, para terminar con el estudio del derecho procesal.

De desear es que el Sr. Bustamante no abandone su empresa y lleve pronto á feliz término su obra toda, pues con ella ganará muchísimo la cultura patria. Por de pronto, le felicitamos por la publicación del primer volumen de que hoy se da cuenta.

*
* *

La pace de Vestfaglia, por *Michele Asmundo Carnazza*.—Un folleto de 20 págs. Catania, 1895.—Una lira.

El autor de este bien escrito folleto hace en él un estudio acerca de los antecedentes, desarrollo y significación del Congreso y de la paz de Westfalia. Considera, sobre todo, uno y otra como manifestaciones de la diplomacia, refiriéndose sus indicaciones muy especialmente á describir la importancia de esta función de la política internacional. Para el autor, la diplomacia, que no es el arte de la negociación, como algunos piensan, sino el arte de la paz en las relaciones internacionales, tiene un origen relativamente reciente: aun cuando el Código de Manú hable de Embajadores, y en el mundo antiguo se registren leyes de pueblos, así como también se registran en la Edad Media, la diplomacia nace en el siglo XV, y nace en Italia, desarrollándose luego en las proximidades del Rhin. El gran acontecimiento que consagra esta función, como una de las más interesantes y necesarias de la política en el orden internacional, es la paz de Westfalia, que por lo mismo el autor estudia detenidamente, poniendo de relieve el papel que en este trascendental acontecimiento tuvo el arte político que la diplomacia supone.

A. POSADA,
Profesor en la Universidad de Oviedo.

Nociones de Derecho usual español (Derecho público y privado), por *Pascual de Liñán y Eguizábal*.—Bilbao; imprenta y encuadernación «La Propaganda», Banco de España, 3, interior, 1894.

La vida es una serie no interrumpida de actos jurídicos, en el continuado movimiento de la contratación, otorgación de documentos, adquisición de derechos sucesorios, etc., etc., y nada lo demuestra tanto como el estudio del *Derecho consuetudinario*, de este Derecho que, escapándose de las mallas de los Códigos, viene á ser su complemento en una multitud de detalles que nunca podría el legislador abarcar, por la gran variedad que revisten estos actos del pueblo, lo cual demuestra una vez más que la vida es el *Derecho*, pero no el Derecho absolutamente uniforme, sino adaptado á las necesidades de las regiones á las cuales ha de aplicarse.

Si, pues, la vida es el Derecho, es necesario que esta rama de la actividad humana sea atendida como tantas otras lo han sido en los planes de enseñanza de la juventud estudiosa, si no se quiere que lo que ha de alcanzar la categoría de *hecho jurídico*, para que pueda producir efectos válidos en el terreno legal, quede relegado á la esfera de *hecho real*; porque la voluntad humana, para producir actos jurídicos, ha de crearlos dentro de los límites del

Derecho establecido, supuesto que en el momento en que los traspasa ya realiza una acción sin eficacia jurídica y sin resonancia legal, y el efecto que produce se vuelve contra la voluntad misma que lo creó, viniendo de ahí consecuencias desagradables, las más de las veces, que se traducen en la nulidad de los actos ó contratos, resarcimiento de daños, abono de intereses, reparar el mal civil causado, sancionar la negligencia del deudor moroso ó en la imposición de la pena para castigar el delito.

Es por ello que la aparición de un tratado de *Derecho usual* es siempre digna de alabanza, por los indudables bienes que su propagación ha de producir, vulgarizando los principios de Derecho más necesarios para que los ciudadanos puedan conducirse con acierto en sus negocios cuotidianos, ó comprender que, faltándoles una instrucción más extensa, en ciertos casos, han de dirigirse á las personas peritas que han consagrado su vida al estudio y á la práctica del Derecho.

El tratado de Derecho usual de D. P. de Liñán Eguizábal, obra en 4.° de 392 páginas, con un cuadro sinóptico de las Clasificaciones principales del Derecho, es muy aceptable, y lo demuestra el haber sido declarado de texto en el Instituto provincial de Bilbao. Comprende la parte general destinada al estudio del concepto del Derecho bajo diversas fases, y en particular del Derecho usual; estudiando en la parte especial el *Derecho privado* en sus dos aspectos de civil y mercantil, destinando á aquél algún estudio relativo al Derecho foral, como era prudente y de rigor lo verificase un tratadista que escribe en un país que disfruta instituciones civiles especiales, y ocupándose en un tercer apartado, bastante reducido, del Derecho internacional privado: la segunda sección se halla consagrada al estudio del *Derecho público*, en sus aspectos de Derecho político, administrativo, internacional público, penal y procesal.

Dentro de los acostumbrados moldes de una noticia bibliográfica, después de lo dicho, sólo cabe consignar que la obra se recomienda por su buen método y claridad de concepto y exposición, por lo cual felicitamos á su autor por lo notable de su trabajo, creyendo que obtendrá de él el resultado científico que se propusiera lograr al escribirlo.

***

Discurso leído por D. Juan J. Permanyer y Ayats, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Barcelona, en la sesión pública inaugural de sus sesiones.—Barcelona; imprenta Barcelonesa, 1896.

Pertenece el docto Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Barcelona, á la más entusiasta escuela regionalista de Cataluña, y no ha desperdiciado la ocasión de hacer gala de su programa, al leer el dis-

curso reglamentario en la sesión inaugural de las sesiones de aquella Corporación, dentro de la esfera legislativa, único campo de acción de la Academia.

El Sr. Permanyer sintetiza su pensamiento, desarrollado en su bien pensado y mejor escrito discurso, en esta fórmula: *Necesidad de que la vida jurídica de Cataluña sea catalana en todas sus esferas y manifestaciones*, y en caso necesario, *cualquiera que sean sus consecuencias*.

Desde luego se comprende el medio que para ello había de considerar necesario el Sr. Permanyer, ya que con todo lo demás no se llega á la consecuencia de su fin: la autonomía; autonomía que implicaría dentro del orden legal la facultad de hacer leyes que estuviesen amoldadas al íntimo modo de ser del pueblo catalán, y la facultad de nombrar Jueces y Magistrados catalanes, perfectamente identificados con aquellas leyes, y que no las desnaturalizasen al primer argumento que en contra de su aplicación se emplease, como ahora sucede.

Como cuestión de mero concepto, es decir, en el terreno puramente especulativo, desligada de toda otra idea, creemos que el Sr. Permanyer está en lo cierto: un apéndice al Código civil, es la muerte de un derecho regional; estas leyes llevadas á la vida real por funcionarios que no estén encarnados en su espíritu, han de ser mal aplicadas, porque el apéndice, que ha de ir á remolque de un derecho, que no es el peculiar de aquella región, ha de perder cada día en intensidad, hasta extinguirse paulatinamente con el transcurso de los siglos, además de que con él no se van á satisfacer las necesidades nuevas, nacidas de la continua mudanza de los tiempos, ya que por su medio sólo se trata de salvar los restos de lo antiguo; y por otra parte, los Magistrados de origen extraño á la tierra, han de sentir tentaciones continuas de no aplicar sino en su mínimum ese derecho para ellos también extraño, que no sienten ni comprenden en su esencia íntima, ni han de esforzarse en compenetrar; pero como idea de realización práctica no puede considerarse viable por los complicadísimos problemas de origen político que en sí lleva envuelta tan trascendental cuestión.

Nos consta que el discurso del Sr. Permanyer mereció aplausos entusiastas, por parte de unos, y fué calificado por otros de exagerado y separatista. Opinamos que para llevar á la práctica las ideas del Sr. Permanyer tendría que cambiarse de un modo radical la actual organización de España, cosa acerca de la que en su fondo no dice nada dicho señor, y sobre la cual se acarrearía desde el primer momento grave discordia de pareceres, que imposibilitarían el progreso y realización práctica de la doctrina sustentada en el discurso citado.

*
* *

Acta de la sesión pública inaugural del curso de 1895-96, que la Academia y Laboratorio de Ciencias médicas de Cataluña celebró el día 23 de Noviembre de 1895, publicada por acuerdo de la misma Corporación; Barcelona, 1895.

Comprende este importante documento dos partes principales, y son: la Memoria leída por el Secretario de la Sociedad, acerca de los trabajos científicos realizados por la misma durante el curso anterior, haciendo una detallada reseña del estado floreciente de la Asociación, escrita en estilo ameno y castizo; y conteniendo la segunda parte el discurso inaugural del año académico de 1895-96, leído por el socio de número Dr. D. Luis Dolsa y Ramos, que versa sobre el *Concepto de la degeneración y responsabilidad legal de sus productos mentales.*

Concretándonos á éste, por ser profanos á la ciencia médica, debemos decir, que después de ocuparse en la primera parte de su trabajo en el concepto, génesis y grados de la degeneración, estudia en la segunda la doctrina relativa á la irresponsabilidad de los degenerados, bajo el aspecto principalmente del derecho penal en su artículo del Código que declara irresponsables á los locos, señalando los casos en que puede haber y hay responsabilidad, aun en caso de dolencia, cuando ésta no perturba la inteligencia en el terreno de la vida práctica, ó en el caso particular de que se trata, que el enfermo pudo prever y no se puso en condiciones de evitar, especialmente en las grandes neurosis y degenerados desequilibrados, rechazando la teoría de la irresponsabilidad absoluta de Mr. Falret y de Cullère; doctrina que el señor Dolsa da como tanto más segura, en cuanto sostiene que la teoría de la responsabilidad parcial constituye doctrina penal en la mayor parte de los países cultos, la que se extrema en Italia hasta el punto de no contentarse con exigir responsabilidad en los casos que la hubiese, sino que, en los dudosos, se decide por mandar al paciente al manicomio, no para curarle, sino sencillamente á extinguir el tiempo de la condena, lo cual considera el Sr. Dolsa más científico, más justo y más prudente, afirmando que queda aceptada por la ciencia la responsabilidad parcial que ella en su sentido práctico le había desde tiempo suministrado, sentando la conclusión de que degenerado no es sinónimo de irresponsable, y que, admitidas estas ideas, nuestro Código continúa todavía á la altura de la ciencia, señalando solamente como irresponsables al *idiota* y al *loco*, ya que en estos dos estados marca la terminación del progreso degenerativo, la fas en que comunmente se anula de una manera estable la libertad moral del individuo.

Combate en último término el Dr. Dolsa la doctrina de Lombroso y su escuela acerca del hombre delincuente y sus consecuencias, diciendo que la degeneración no es elemento etiológico fatalmente seguro de criminalidad, sosteniendo que si el perito tiene conocimiento de la ciencia, para cuyos actos se le llama, y conciencia de la alta misión que como á médico y ciu-

dadano se le confía, llenará su honroso cometido, amparando al desgraciado enfermo ó señalando valientemente al criminal, que después del delito carece todavía del valor de arrostrar la pena.

En resumen, el discurso del Sr. Dolsa es un trabajo digno de ser tenido en cuenta por las personas que se dedican á la especialidad á que el mismo está consagrado, dentro de los estudios de derecho penal, de tanta importancia en nuestros tiempos, en virtud de las doctrinas tan vigorosamente defendidas por la moderna escuela positiva italiana.

VICTORINO SANTAMARÍA.

OBRAS RECIBIDAS

El anarquismo y los medios de represión, por *D. Fernando Cadalso*, Doctor en Derecho, Vocal de la Junta de prisiones de Madrid y Director de la celular de la misma.—Un tomo en 8.° de 134 páginas.—Se vende al precio de 2 pesetas en las principales librerías.

***

Estudios penitenciarios.—Presidios españoles, escuelas clásicas y positivas y colonias penales, con un breve compendio de la legislación, costumbres jurídicas y prácticas penitenciarias que rigen en los establecimientos, por *D. Fernando Cadalso*.—Un tomo en 4.° de 273 páginas.—Se vende al precio de 4,50 pesetas en Madrid y 5 en provincias.

***

Principios de la colonización y colonias penales (Segunda parte de Estudios penitenciarios), por *D. Fernando Cadalso*.—Un tomo en 4.° de 201 páginas.—Precio: 4 pesetas.

LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Las cuestiones que sobre este contrato surgen en el Derecho internacional privado, se originan cuando, siendo distintas las leyes bajo el imperio de una de las cuales le celebraron las partes, y la del país donde debe efectuarse su cumplimiento, se trata de averiguar cómo una y otra deben regir las obligaciones recíprocas que pesan sobre los contratantes, ya en cuanto á los actos que deben mediar para realizarle, ya en las consecuencias jurídicas que pueden nacer del contrato mismo ó con ocasión de él, no sólo en las relaciones personales de los interesados, sino también en cuanto á terceras personas con algún derecho sobre la cosa objeto del contrato.

Trataremos todas estas cuestiones con la separación debida, empezando desde luego por ocuparnos de la ley que debe regular las condiciones de validez del contrato, para examinar después las dudas y controversias que se presentan al determinar las obligaciones del vendedor y del comprador, y las relacionadas con la rescisión de la venta especialmente por causa de lesión.

§ I

DE LA LEY QUE DEBE REGULAR LAS CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA VENTA

UMARIO: 1. Cuestiones que nacen de la venta sujeta á dos leyes distintas. —2. Capacidad de las personas para comprar y vender.—3. Valor de la prohibición de comprar impuesta por la ley á ciertas personas.—4.

Del padre italiano ó francés que quisiere comprar los bienes de su hijo, existentes en Francia ó en Italia.—5. Principio general sobre la ley que debe regir las incapacidades especiales para comprar ó vender.—6. Cómo se debe resolver la cuestión de las cosas que pueden ser vendidas.—7. Aplicación de estos principios al caso de venta de cosa ajena.—8. Venta de una cosa declarada *extra commercium* por la *lex rei sitæ*.—9. Venta de billetes de lotería.—10. Venta de una cosa á que después se declara *extra commercium*.—11. Principios generales sobre el contenido de la obligación y su cumplimiento.

1. La compraventa (1) es un contrato consensual y sinalagmático, mediante el cual una persona se obliga á transmitir por un precio determinado la propiedad de una cosa á otra persona, la cual por su parte se obliga á entregar á aquélla el precio fijado.

2. Cualquiera que sea el país en que la venta se haya de consumar, siendo como es el objeto propio de la obligación del vendedor la transmisión de la propiedad de una cosa, debe reputarse esta condición como ajena por completo á la voluntad de las partes: *nemo potest videri eam rem vendidisse de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus* (2).

3. La capacidad de las personas que pueden comprar y vender, debe determinarse por las leyes á que cada una de las partes esté sometida. En efecto, siendo la venta un acto por el cual el propietario de una cosa dispone de ella, puede hacerse válidamente por cualquiera que sea capaz según su propia ley nacional; capacidad que no puede alterar ni modificar la *lex rei sitæ* cuando la venta sea de cosas inmuebles. No se pueden

(1) L. 80, § 3, D., *De contrahenda emtione*, XVIII, 1.

(2) Se usan indistintamente las palabras *venta* y *compra* para denotar el contrato que se forma en la compraventa, porque, como ya hizo notar Donello, la compra y la venta no son dos contratos que pueden existir por sí é independiente uno de otro, sino dos elementos de uno solo y único, razón por la cual se usan ambas palabras para designarle. *Sic nec posita venditione aliud intelligere possumus quam emptionem huic adjunctam* (Donello, *ad tit.* XXXVI *De contrahenda emp. et vendit*).

aplicar, por consiguiente, á los extranjeros, las limitaciones establecidas por la ley territorial, suponiendo que ésta prohiba á ciertas personas comprar ó vender. Como ejemplo, puede decirse que la incapacidad que el legislador sienta en el art. 1457 del Código civil italiano y en el 1596 del de Francia, á saber, la de los tutores y administradores, no es aplicable á los extranjeros que quisieran enajenar un inmueble sito en Italia ó en Francia; ni constituyen una ley real: antes bien, á la ley personal hay que atenerse, y considerando ambas disposiciones comprendidas entre las que establecen una incapacidad especial fundada en relaciones personales ó familiares, admitir como consecuencia que sólo son obligatorias para los ciudadanos sometidos á la autoridad de aquellas leyes que traten de comprar y vender, al paso que á los extranjeros que quisieran enajenar ó comprar inmuebles comprendidos en tierra de Francia ó Italia deberá aplicarse la ley personal, aunque esta amplíe ó estreche las incapacidades especiales establecidas en aquellos artículos.

Acaso se alegue en contrario la razón de que dichas disposiciones son de orden público; pero aun admitiendo que efectivamente estén inspiradas por justas causas del orden público de las personas sujetas al imperio de la ley, todavía no se llegaría á demostrar que también á los extranjeros son aplicables por motivos de tal índole, toda vez que el derecho social no puede considerarse quebrantado en estos casos, en que personas capaces de vender y comprar según su ley nacional celebran válidamente esta clase de actos en países donde la ley territorial las declara incapaces.

En este punto estamos completamente de acuerdo con Laurent (1), el cual también sostiene que no sólo las incapacidades enerales, como las de los menores, los puestos en entredicho las mujeres casadas, sino también las especiales que las le-

1) Laurent, *Droit civil international*, tomo 8.°, párrafos 1340 y siguientes. 'rocher, *Droit international privé*, tomo 2.°, párrafos 188 y siguientes.

yes establecen para ciertos contratos, dependen del estatuto personal, y que no se puede hacer ninguna diferencia entre unas y otras con relación á la ley que debe regularlas.

4. El art. 1456 del Código civil italiano sanciona la regla tradicional del derecho común, con la que también está de acuerdo el art. 1594 del Código francés; á saber, que pueden comprar y vender todas aquellas personas á quienes la ley no se lo prohibe. En el artículo que sigue, 1457, dice el legislador italiano: «no pueden ser compradores ni en subasta pública, bajo pena de nulidad del contrato, ni directamente, ni por medio de terceras personas, los padres de los bienes de sus hijos sujetos á su patria potestad, y los tutores, protutores y curadores de los bienes de los sometidos á su tutela, protutela ó curaduría».

¿Estas prohibiciones, deben entenderse tan imperativamente, que hasta á los extranjeros hayan de aplicarse?

A primera vista parece que sí, puesto que, tratándose de ventas de inmuebles, siempre que estén sitos en Italia, deberá aplicarse el art. 7.º de las disposiciones generales, que sujeta á los inmuebles á la ley del lugar en que estén enclavados. De esta suerte se atribuiría á aquellas disposiciones la fuerza del estatuto real ó territorial. Pero esta argumentación carece de eficacia, sobre todo después de haber demostrado, como hemos dicho, que la ley que regula los derechos y capacidad de las personas en cuanto á los bienes, no puede considerarse como perteneciente al estatuto real, aun tratándose de cosas inmuebles. Las razones empleadas para demostrarlo son bastantes para establecer esta máxima para todas las legislaciones: que no es posible atribuir la autoridad del estatuto real á las disposiciones en que el legislador establece las incapacidades, aun cuando estas capacidades ó incapacidades se refieran á la disponibilidad de los inmuebles, porque cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, la capacidad de las personas depende siempre de su ley personal. Se podría sostener, no obstante, que, aun aceptando el principio sanciona-

por el legislador italiano en el art. 6.º de las disposiciones generales, á saber, que el estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley nacional; aun aceptando esto, no es posible impedir la aplicación de la ley italiana (territorial), porque en el art. 12 de las mismas disposiciones generales se establece una limitación, según la cual, en ningún caso las leyes de un país extranjero pueden derogar las leyes prohibitivas del Reino referentes á las personas ó que en cualquier forma toquen al orden público. Dada esta disposición, y fundándose en que la sancionada en el citado art. 1457 es una disposición prohibitiva referente á las personas, se podría sostener que en los casos en que la ley extranjera es distinta de la nacional, no puede aquélla aplicarse en Italia, porque derogaría la ley prohibitiva territorial sobre las personas. Pero esta argumentación no puede considerarse decisiva.

Verdad es que el legislador italiano impide la autoridad de la ley extranjera siempre que pueda derogar las leyes prohibitivas del Reino concernientes á las personas; pero examinando detenidamente el valor de esta disposición, se llega á comprender lo engañoso del argumento. Las leyes del Reino referentes á las personas, ya sean permisivas, ya prohibitivas, no pueden aplicarse á las personas que no están sujetas á la autoridad de las leyes italianas: otra cosa equivaldría á la presunción de que el legislador italiano desconocía la autoridad del estatuto personal, destruyendo todo el sistema organizado por él mismo tan liberalmente, que se resume en el principio de concederle valor extraterritorial.

El legislador italiano ha determinado en el art. 6.º las leyes á que están sujetas las personas, admitiendo, por regla general, que para todo lo que se refiera al estado y capacidad personal y relaciones de familia, debe estarse á la ley nacional, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren; de este principio se puede deducir que al hablar de leyes prohibitivas del Reino sobre las personas, se refiere tan sólo á las personas que están sometidas á su autori-

dad. De esta suerte, á la manera que los franceses no están sujetos, en cuanto se refiere á su estado y capacidad, á las disposiciones del Código civil italiano; así la disposición prohibitiva, sancionada por el art. 1457, tampoco les obliga, porque aun cuando contiene una disposición prohibitiva sobre las personas, no puede aplicarse en Francia, cuyos nacionales para nada están sujetos á la legislación italiana, en cuanto afecta á su estado personal y capacidad jurídica.

5. Aplicando estos principios á las disposiciones de los Códigos francés é italiano sobre las incapacidades para comprar, hallamos que en este último se declara al padre incapaz para comprar los bienes del hijo sometido á su patria potestad. Ahora bien: no existe en el Código francés esta incapacidad para el padre y la madre que tuviesen la administración legal de los bienes de sus hijos, y como las incapacidades para contratar se interpretan lo más estrictamente posible, en Francia la jurisprudencia ha establecido la validez de las ventas entre padre y madre é hijos, por la única razón de que el Código no las prohibe (1).

Esto sentado, sería imposible sostener que, tratándose de un inmueble existente en Italia, la compra que de él hiciera un padre francés á su hijo sometido á su patria potestad, hubiera de ser anulada en virtud de lo mandado en el repetido art. 1457; é igualmente sería imposible que el padre francés no pudiese invocar su propia ley personal para sostener la validez de la venta, válida efectivamente según el Código francés, diciéndosele que su derecho derogaría una ley prohibitiva del Reino referente á las personas. El razonamiento que hemos hecho demuestra que no es así; la disposición prohibitiva del artículo 1457 del Código italiano no obliga á los franceses, y precisamente porque no les obliga, es imposible suponer que la deroga el acto de un padre de tal nacionalidad que invoca la

(1) Colmar, 5 Noviembre 1808.

autoridad y la aplicación de su ley personal, distinta de la italiana, para afirmar la validez de la venta.

Si se tratase, por el contrario, de un inmueble que no estuviera situado en Francia, comprado por un padre italiano, y éste intentara sostener la validez de su compra fundándose en el art. 3.º del Código francés, según el cual los inmuebles se rigen por la ley francesa, sin que haya prohibición alguna que impida á los padres la compra de los bienes de sus hijos sometidos á su patria potestad, entonces hallaría su justa aplicación el art. 12 de las disposiciones generales. En efecto, como las leyes personales rigen el estado y la capacidad de los ciudadanos, aunque se encuentren en el extranjero, el italiano no puede invocar la ley extranjera para derogar la ley prohibitiva que lo sujeta, en este caso el art. 1427, en el cual se prohibe á los padres comprar los bienes de sus hijos sometidos á su patria potestad. Esta prohibición constituye una incapacidad especial que alcanza al padre italiano en donde quiera que intenta comprar y en cualquier país donde existan los bienes que pretende, y en vano alegaría una ley extranjera para eximirse de la nacional.

6. De todo lo que llevamos dicho se deduce, que tratándose de incapacidades especiales en las personas para comprar ó vender, conviene atenerse exclusivamente á la ley personal de cada una; ya hemos apuntado también que en nada se ofende al órden público territorial cuando la ley personal es distinta de la del territorio en lo que se refiere á las capacidades é incapacidades para comprar y vender.

Generalizando este principio, añadiremos que no puede prohibirse á los cónyuges italianos la compra y venta de un inmueble que tuviera alguno en Francia, á pesar de que este ontrato pudiera entenderse prohibido por el art. 1595 del Código francés; por el contrario, debe prohibirse siempre la ven- a entre cónyuges en el extranjero, en virtud del mismo ar- iculo, aunque no lo establezcan los Códigos nacionales, como ecde, por ejemplo, en el italiano.

Además de las incapacidades fundadas en el estado y relaciones familiares, hay otras que tienen un carácter objetivo é impiden la compraventa por causas sacadas de la naturaleza de las cosas ó de la inmoralidad interna del hecho jurídico; tal sucede, por ejemplo, con la que se establece en el art. 1458, como también en el 1597 del Código francés, á saber: la que afecta á los Jueces é individuos del Ministerio público, Escribanos, Abogados, Procuradores y Notarios, sobre las cosas litigiosas. Esta prohibición es notoriamente de orden público, como motivada por la inmoralidad interna del hecho mismo, razón por la cual deberá aplicarse aun en los casos en que Abogados ó Procuradores que se hubieran hecho cesionarios de inmuebles ó bienes litigiosos existentes en países donde imperasen leyes distintas, intentaren mantener la validez de derechos adquiridos contra las leyes italianas.

7. Tratando de las cosas que se pueden vender, conviene referirse naturalmente á la *lex rei sitæ*, porque la condición jurídica de las cosas, sean muebles ó inmuebles, se determina según la ley del lugar en que en el momento de actualidad se encuentran.

Puede suceder que el contrato se haya celebrado en un país donde, según la ley, se conceda valor jurídico al contrato de venta sobre cosas que se encuentren en otro país donde la misma venta esté declarada nula en atención á su objeto. Conviene distinguir en estos casos lo que se refiere á la validez de la obligación contractual y lo que concierne á la transmisión válida del dominio de la cosa vendida.

8. Hemos dicho que el objeto propio de la venta consiste en transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida en compensación de un precio determinado ó determinable que esa misma persona se obliga á pagar. Dada esta definición, e evidente que no puede haber transmisión ni adquisición de l propiedad, sino cuando la cosa en cuestión es capaz de se enajenada; y como la *lex rei sitæ* es la que declara si la cos vendida es susceptible ó no de ser transferida, no es menc

notorio que, en cuanto tiene relación con la condición jurídica de la cosa en sí misma, el contrato está sujeto á la *lex rei sitæ*. En consecuencia, si se vendiese una cosa en un país cuya ley consintiese su venta, la cual cosa se encontrase en otro país donde estuviera declarada fuera del comercio humano, es indudable que el contrato sería reputado como sin causa en cuanto á la transmisión del dominio, puesto que tal era la condición del objeto según la *lex rei sitæ*. En cambio, no se podría decir que la obligación contractual fuera absolutamente nula en relación con las partes contratantes, si según la *lex loci contractus* la obligación de entregar la cosa vendida al comprador pudiera subsistir como un contrato *sui generis* ó como contrato innominado, porque aceptando y todo la nulidad de la transmisión del dominio, aun puede admitirse que la obligación contractual conserva algún valor jurídico como obligación especial, *sui generis*, según la *lex loci contractus*, bajo la cual quedó perfeccionada.

Estos principios tienen aplicación en los casos, por ejemplo, en que el contrato pueda subsistir como promesa de venta, produciendo una acción de resarcimiento de perjuicios.

9. Supongamos, por ejemplo, que el vendedor ha enajenado una cosa perteneciente á un tercero. Cualquiera que sea la disposición de la ley contractual, es evidente que el tercero propietario no puede sufrir ninguna disminución en su derecho dominical, sino en conformidad con lo dispuesto por la *lex rei sitæ*. Pero si atendiendo al carácter y naturaleza del contrato según la *lex loci contractus*, podía aquel contrato reputarse como un contrato innominado, en cuya virtud el vendedor queda obligado, no ya á transmitir al comprador la propiedad de la cosa perteneciente al tercero, pero sí á hacerle propietario de la misma después que él hubiera adquirido su propiedad; en este caso, la obligación jurídica subsistiría según la ley contractual, y no obstante la imposibilidad de cumplir la obligación contra la voluntad del tercero, el compromiso adqui-

rido por el vendedor podría mantenerse, dando lugar al resarcimiento de perjuicios.

Para resolver, por consiguiente, toda clase de cuestiones en esta materia, conviene distinguir siempre todo lo que se refiere al derecho real de dominio, de lo que se relaciona únicamente con la obligación personal y la *actio ex empto*. La validez ó la nulidad del primero, en atención á la naturaleza jurídica de la cosa, y, como diremos luego, á la condición legal requerida para su subsistencia y eficacia, debe regirse por la *lex rei sitæ*; la obligación personal, por el contrario, según la *lex loci contractus*.

Manteniéndonos firmes en nuestro principio, diremos que lo que la *lex rei sitæ* debe regular, es si la cosa en cuestión puede ser transferida, cedida ó vendida, mientras á la *lex loci contractus* hay que atenerse para decidir si el contrato por su naturaleza y circunstancias, y por la intención de las partes, puede tener un valor jurídico *sui generis*, como también para determinar la naturaleza y extensión de la obligación misma, es decir, si puede aun considerarse como una obligación de hacer, ó si reune los requisitos necesarios para originar una acción de perjuicios, bajo qué condiciones y en qué forma.

10. Los mismos principios resuelven las cuestiones sobre la validez de la venta de billetes de loterías extranjeras. Mandan las leyes de algunos Estados que no puedan negociarse valores en forma de billetes de lotería sin previa autorización del Gobierno. Preciso es, pues, considerar estos valores como pertenecientes á la categoría de los que, según la ley, están declarados *extra commercium*; y siendo así, es imposible negar que la venta que de ellos se haga en un país donde la ley sea de aquellas que así las reputan, será completamente nula. Esta es la justa consecuencia del principio en cuya virtud se debe aceptar la autoridad absoluta de la ley territorial en la determinación de las cosas comerciales ó fuera del comercio. No es posible atender á las disposiciones legales del país del propietario del billete de lotería, porque no se trata ya de una cuestión de capacidad que el estatuto personal puede resolver, sino de la

condición jurídica de las cosas susceptibles de venta, sobre la cual la autoridad de la ley territorial excluye toda otra (1).

La cuestión más discutida en esta materia entre los jurisconsultos y por los mismos Tribunales, es la de si el contrato sobre billetes de lotería extranjera celebrado en un país donde esté consentido por la ley, puede producir una acción judicial en otro país cuyas leyes prohiban la venta de billetes de lotería extranjera (2). El Tribunal Real de París falló que no podía ejercitarse ante los Tribunales franceses acción alguna para obtener el pago de billetes de loterías extranjeras, aun cuando el contrato se hubiera celebrado en un país donde no estuviera prohibido por sus leyes (3). Por el contrario, el Tribunal de Nueva York sostuvo que la acción intentada allí, donde sin embargo está prohibida la venta de billetes de lotería, para obtener el pago de uno comprado en Kentucky, en cuyo Estado se consiente, podía ejercitarse válidamente, sin hacer distinción alguna sobre si la obligación se contrajo en Nueva York ó en Kentucky, y en su consecuencia, se creyó competente para condenar á la parte al pago (4). Wharton refiere otras sentencias conformes con la que acabamos de citar (5).

No es este el lugar más adecuado para tratar á fondo la cuestión de la admisibilidad ó inadmisibilidad de esta acción judicial; observemos tan sólo que como quiera que se trata de

---

(1) Véase Tribunal del Sena, 18 Junio 1885 (Sirey, 1886, 2, 165); Poitiers, 12 Noviembre 1886; Donas, 6 Agosto 1883; Climat, *Journal*, 1884, p. 130; París, 25 Marzo 1870; Dallos, 1870, 2, 165; Vincent, *Revue pratique de Droit international privé*: véase Loterías.

(2) París, 25 Junio 1829 (Sirey, 1829, II, 351); Bruselas, 19 Julio 1890; Trib. del Imperio alemán, 15 Noviembre 1888, *Journal de Droit international privé*, p. 325; V. la primera edición de esta obra, 1869, § 282; Laurent, *Droit civil international*, tomo 8.°, § 113; Massié, *Droit commercial*, ndm. 570; Vincent, ar citado, *passim*; Wein, *Droit international privé*, segunda edición, p. 171.

(3) 25 Junio 1829, citado.

(4) Story, *Conflict of laws*, § 258.

(5) Wharton, *Conflict of laws*, §§ 487 y siguientes, y las citas que en ellos

decidir la cuestión de la validez de la venta, y de la acción judicial para obtener la ejecución del contrato, acudiendo el vendedor al Tribunal con el solo objeto de obtener el pago del precio del billete de lotería que vendió, el Magistrado puede acoger la acción y condenar al deudor. En estos casos se debería aplicar la regla que dió Ubero con motivo de la venta de una cosa *extra commercium*, celebrada y cumplida en un país donde estaba prohibida, para cuando el vendedor compareciese ante el Tribunal, no para sostener la validez de la venta, ni mucho menos obtener la ejecución por vía de apremio de la misma, sino únicamente pidiendo la satisfacción del precio. *Si clam*, dice este escritor, *pueruni venditæ merces in loco ubi prohibitæ sunt, emptio venditio non valebit ab initio nec possit actionem quocumque loco instituatur, utique ad traditionem agendam sed si traditione facta pretium solvere nollet emptor, non tam contractu quam se obligantur, quantum cum alterius damno locupletior fiere vellet* (1).

11. Puede también suceder que la imposibilidad en que se encuentra el poseedor para transferir el dominio de la cosa vendida, sea consecuencia de un hecho posterior, como si en el tiempo que media entre la venta y la tradición de la cosa, ésta fuese declarada fuera del comercio por la *lex rei sitæ*, siendo así que antes estaba dentro de él; ó bien si el fisco, por razones de utilidad pública, expropiase la cosa vendida, ó si la cosa pereciese totalmente ó en parte. Todos estos casos influirían en la ejecución del contrato y en la eficacia de la venta, en cuanto ésta se refería á la transmisión de la propiedad, siendo necesario referirse á la *lex rei sitæ* para establecer la subsistencia del hecho jurídico acaecido y la imposibilidad de transmitir el dominio; pero para decidir después sobre las obligaciones personales asumidas por las partes, habría que estar á la *lex loci contractus*, fallando con arreglo á ella cuanto f

(1) Huber, *De conflictu legum*, libro 1.°, tit. 3.°, § 5.

refiriese á las obligaciones personales y á la *actio ex empto*. Toda cuestión, por consiguiente, debe examinarse, teniendo en cuenta las reglas que establecemos para determinar la autoridad de la ley que debe reglamentar el contenido de la obligación y de la que gobierna su ejecución, distinguiendo cómo una y otra influyen en las consecuencias del contrato en los casos de incumplimiento.

En cuanto al contenido de la obligación, la regla es que depende de la *lex loci contractus*, en virtud del principio general de que cuando dos personas contratan bajo el imperio de una ley determinada, debe admitirse que se someten á ella por tácito consentimiento en todo lo que no declaren las mismas de un modo expreso. *Semper in stipulationibus et in cœteris contractibus id sequimur quod actum est. Unde si non appareat quod actum est, consequens erit, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est frequentatur* (1).

12. Por el contrario, en todo lo que se refiere al cumplimiento del contrato, es decir, en el *id quod in obligatione est*, convendrá atenerse á la ley del lugar donde se haya convenido la prestación de la cosa debida, la *lex rei sitæ*, regulando ésta, por consiguiente, todos los efectos que se deriven del modo de ejecución de la venta.

De la aplicación de estos dos principios se deduce la consecuencia de que es menester distinguir, según distinga la *lex loci contractus*, si la venta es simple ó condicional, á precio contante ó á crédito, en masa ó por peso, en número ó en medida, con pacto de ensayo ó sin él, pura ó bajo condición suspensiva; en una palabra, teniendo en cuenta todos los derechos que en cada caso pueda tener el comprador para exigir del vendedor la ejecución del contrato ó el resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante, y todas las obligaciones asumidas por el vendedor para entregar la cosa ó reparar el daño. Por el contrario, para todo lo que se relacione con el

(1) L. 55, Dig., *De reg. jur.*

modo de hacer la entrega, habrá que atender á la ley del lugar en que la cosa se encuentre.

Para esclarecer las aplicaciones de ambos principios, será conveniente examinar particularmente las dudas que pueden nacer cuando se trata de determinar la autoridad respectiva de la *lex loci contractus* y de la *lex rei sitæ*, para fijar las obligaciones mutuas de comprador y vendedor.

PASQUALE FIORE,
Profesor de la Universidad de Nápoles.

CONSULTA

Término del albaceazgo.

D. J. B. C. otorgó testamento en 24 de Marzo de 1883, en el que se dispone y se hace constar lo siguiente:

«Segundo: Elijo y nombro por mis albaceas generales á A., B., C., D. y E.; á todos juntos, y á cada uno de por sí á solas, doy y concedo las facultades más amplias que en derecho se necesiten para el exacto y fiel desempeño del encargo que les confío, prorrogándoles, caso necesario, el año del albaceazgo.»

.....

«Cuadragésimo cuarto: En el remanente de todos mis bienes, derechos, acciones y efectivo metálico que al presente tengo y con el tiempo puedo adquirir y pertenecerme por cualquier título, causa, razón y motivo, instituyo y nombro por mi única, legítima y universal heredera á mi alma, á cuyo fin mis albaceas testamentarios, con el carácter de juntos ó de por sí, se incautarán del cúmulo de mi herencia, venderán todos los bienes que la compongan en pública subasta, y después de satisfacer los legados y atenciones que pesen sobre mi testamentaría, invertirán el producto líquido que obtengan, á saber...» (sigue dando instrucciones á los albaceas, que no se refieren á su capacidad).

No hay en el testamento ninguna cláusula más que se refiera á las facultades ó capacidad legal de los albaceas.

El testador falleció en 2 de Diciembre de 1890, no habiendo otorgado, con posterioridad á la mencionada, ninguna otra disposición testamentaria.

Los albaceas nombrados, al efecto de hacer constar en el

Registro de la propiedad la facultad que se les concede de vender los bienes de la herencia de que se trata, formalizaron la correspondiente escritura de manifestación de bienes en 3 de Noviembre de 1891, en la que se lee lo siguiente:

«Supuesto tercero: Respecto á las facultades de los mismos, establecidas por el testador en la cláusula referida, claramente aparece expresada la solidaridad del encargo á cada uno de aquellos, como á todos juntos, á su arbitrio. En tal supuesto, y con arreglo á lo que se desprende de los artículos 894, 895, 896 y 897 del Código civil, tienen facultad todos juntos, como cada uno de los citados albaceas de D. J. B. C., de por sí á solas ó en particular, para practicar legal y válidamente todos cuantos actos se refieran á la ejecución de las distintas y múltiples operaciones que reclame el cumplimiento de su disposición testamentaria. Y con respecto al plazo que tienen para cumplir su encargo expresamente en la repetida cláusula (se refiere á la segunda transcrita), les ha sido prorrogado por el testador el año del albaceazgo, por lo que se entenderá prorrogado por otro año más, de conformidad al art. 905 del mismo Código. Y en el caso de que, contra la voluntad que abrigan, no quedase cumplido aún todo lo dispuesto por el testador, atendidas las circunstancias del caso, que han de nacer indudablemente del mismo contexto del testamento, *continuarán* los albaceas en el pleno goce de sus plenas facultades por todo el tiempo que fuere necesario hasta dejar completamente ejecutada la voluntad del testador, que es la principal entre todas las obligaciones de su encargo.»

En el mes de Octubre del corriente año se presentáron los albaceas en un despacho notarial con el objeto de vender determinados bienes inmuebles de la herencia del causante.

Dudándose sobre la capacidad legal de los albaceas, se consulta sobre los extremos siguientes:

Primero. Para resolver sobre dicha capacidad, ¿se ha de aplicar la legislación contenida en el Código civil, conforme á la disposición 12 transitoria de dicho cuerpo legal?

Segundo. Caso afirmativo, ¿terminó el albaceazgo por el lapso del tiempo señalado conjuntamente por el testador y por la ley, al transcurrir dos años del fallecimiento del testador, según el art. 910 del Código, en relación con el 905?

Tercero. ¿No padecieron error de derecho aquellos que otorgaron la manifestación de bienes y se atribuyeron facultades de albacea para un plazo que no podían tenerlas, al consignar en el *tercer supuesto* de la misma: «... en el caso de que contra la voluntad que abrigan (los albaceas) no quedare cumplido aún (en el término de dos años desde la muerte del testador—uno señalado por el causante y otro de prórroga, según el artículo 905—) todo lo dispuesto por el testador, atendidas las circunstancias del caso, que han de nacer indudablemente del mismo contexto del testamento, *continuarán* (¿Por qué?) los albaceas en el pleno goce de sus plenas facultades por todo el tiempo que fuere necesario?...»

Cuarto. ¿Qué alcance se ha de dar á la declaración hecha por los mismos albaceas en el supuesto tercero de dicha manifestación de bienes? ¿Qué valor legal puede tener su opinión particular de que *continuarán* en el pleno goce de sus plenas facultades?

Quinto. Dado que no tenga ningún valor, ¿puede el Juez en la actualidad, transcurrido el plazo de los dos años con un exceso de más de tres, prorrogar el plazo del albaceazgo, conforme al párrafo 2.° del art. 905, ó se debió pedir y obtener dicha prórroga en los dos primeros años, durante los cuales no cabe dudar fueron albaceas?

Sexto. Caso de que el Juez pudiera hoy conceder dicha prórroga, ¿se convalidarían por ella los actos ejecutados como tales albaceas después de transcurridos los dos años desde que aceptaron el cargo, ó se habrán de ratificar?

Séptimo. En el supuesto de que el Juez entendiese que, finalizado un plazo, no cabe conceder prórroga del mismo, ¿á quién tocaría cumplir la disposición testamentaria?

UN SUSCRITOR.

CONTESTACIÓN.

No se han copiado íntegras en la consulta las cláusulas testamentarias relativas al nombramiento y facultades de los albaceas, y hubiese sido conveniente para el total conocimiento de las obligaciones que el testador impuso á dichos albaceas, de las instruciones que les dió para el cumplimiento de su voluntad, y deducir de todas esas circunstancias si era posible la terminación de la testamentaría dentro del plazo legal del albaceazgo, á fin de interpretar con más seguridad la cláusula de la prórroga.

Esto, no obstante, emitimos nuestra opinión acerca de las varias preguntas que contiene la consulta sobre la capacidad ó personalidad de los albaceas nombrados, porque si bien el testamento se otorgó en 1883, habiendo fallecido el testador en 1890, ó sea después de publicado el Código civil, esta es la legislación aplicable al caso de la consulta, y, á nuestro juicio, las prescripciones del Código civil resuelven claramente las dudas consultadas.

El testamento no produce sus efectos hasta la muerte del testador: estaba ya entonces vigente el Código civil, pues las cláusulas testamentarias, y especialmente las relativas al nombramiento de albaceas, facultades á éstos concedidas y tiempo del albaceazgo, se han de interpretar y cumplir según las prescripciones de dicho Código.

Con arreglo á los artículos 904 y 905, el término del albaceazgo es el de un año: si el testador quisiera ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga, y si no le hubiese señalado, se entenderá el plazo prorrogado por un año.

Este es precisamente el caso de la consulta: el testador nombró sus albaceas, les concedió las facultades más amplias para el exacto y fiel desempeño del cargo que les confió, *prorrogándoles,* dijo, *caso necesario,* el año del albaceazgo; así apa-

rece copiado en la consulta: el testador no fijó expresamente el tiempo de la prórroga: ha de entenderse ésta concedida por otro año más, con arreglo al art. 905 ya citado, y transcurridos esos dos años, ó sea el del plazo legal del albaceazgo y el de la prórroga, según la declaración terminante del art. 910, terminó el albaceazgo, acabando la personalidad de los albaceas para todos los efectos de derecho.

Los mismos albaceas tenían el convencimiento de ese plazo de dos años para el desempeño de su cargo, según lo que ellos consignaron en el *supuesto tercero* de las particiones, invocando los artículos del Código civil aquí citados; pero de buena fe, sin duda, se equivocaron al declarar, para el caso de que contra su voluntad no quedase cumplido aún todo lo dispuesto por el testador, «atendidas las circunstancias del caso, que han de nacer indudablemente del mismo contexto del testamento, *continuarán los albaceas en el pleno goce de sus facultades por todo el tiempo que fuere necesario* hasta dejar completamente ejecutada la voluntad del testador, que es la principal entre todas las obligaciones de su cargo».

Padecieron los albaceas un error al hacer afirmación tan absoluta, porque hubieran podido continuar en el ejercicio del cargo después de terminados los dos años, ó sea el del plazo legal y el de la prórroga, si pidieran al Juzgado y éste les concedía otra prórroga por el tiempo necesario, atendidas las circunstancias del caso; mas sin esta prórroga, que es la prevenida en el párrafo segundo del repetido art. 905, el albaceazgo terminaba á los dos años.

Todo el alcance que se puede dar á esa declaración errónea, inexacta, de los albaceas, no puede ser otro que el de su deseo y buena fe por dejar ejecutada total y cumplidamente la voluntad del testador; mas no basta ese deseo ni el propósito de los albaceas de cumplir fiel y exactamente las obligaciones del albaceazgo, si éste ha terminado con arreglo á la ley, acabando el carácter y personalidad de tales albaceas. Necesitan la prórroga antes indicada del párrafo segundo del art. 905, que en

el caso de la consulta sólo el Juzgado puede conceder; y ciertamente por las circunstancias especiales de ese mismo caso, en que el testador ha instituído por heredera á su alma, y no existen otras personas más que los albaceas por él nombrados que puedan cumplir su voluntad, esas circunstancias inclinan poderosamente á que la prórroga sea concedida, puesto que no habiendo señalado el Código plazo dentro del cual los albaceas hayan de solicitar dicha prórroga, no habiendo habido tampoco reclamación alguna para que se declarara terminado el albaceazgo, entiendo que, á pesar del tiempo transcurrido, los albaceas pueden solicitar la prórroga, expresando al Juzgado todas las circunstancias que hayan concurrido, las causas por las cuales no han podido cumplir ó ejecutar en el tiempo legal la voluntad del testador.

Y el Juzgado, con pleno conocimiento del asunto, debe, á mi juicio, conceder la prórroga que soliciten los albaceas, señalándolos un plazo prudencial, dentro del cual deberá ser cumplida en todas sus partes la voluntad del testador, y habrán de dar cuenta al Juzgado del desempeño de su cargo, según lo preveenido en el párrafo segundo del art. 907 del Código.

Concedida esa prórroga por el Juzgado, no veo inconveniente en considerar válidos los actos ejecutados por los albaceas después de transcurridos los dos años del albaceazgo, pues *continúan legalmente* en el ejercicio de sus funciones como tales albaceas, y por lo mismo que no ha habido resolución judicial declarando terminado el albaceazgo ó encargo conferido por el testador con amplias facultades, aquella consideración es legal y equitativa, conforme con el espíritu del art. 905 antes citado, y no contraría lo dispuesto en el art. 910, que no ha de entenderse ó interpretarse de una manera restrictiva ó rigurosa, si ha de tener aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 905, ó lo que es lo mismo, si ha de poder utilizarse en los respectivos casos esa prórroga, que es atribución del Juzgado el conceder.

Claro es que el Juez, después de examinado el caso, puede denegar la prórroga que los albaceas soliciten, y declarar que por el transcurso de los dos años el albaceazgo terminó; no es obligación del Juez conceder la prórroga; es una facultad, una atribución especial que la ley le confiere; el Código dice: *podrá el Juez conceder*: lo deja al criterio del Juez; pero la ley quiere también que el Juez, al resolver, tenga en cuenta las circunstancias del caso, y he manifestado anteriormente que en el de la consulta, si otros motivos poderosos, para mí desconocidos, no se oponen, las circunstancias influyen é inclinan marcadamente á la concesión de la prórroga.

Solamente los albaceas nombrados podían cumplir la voluntad del testador, porque no hay herederos instituídos que, á falta de aquéllos, puedan dejar cumplido todo lo ordenado en el testamento; el testador les prorrogó, *caso necesario*, el año del albaceazgo, sin poner límite á dicha prórroga, y esto debe influir eficazmente para que la prórroga sea concedida; y si el Juzgado, por motivos especiales que pueden existir, si bien nosotros no los conozcamos, entendiera que debía denegar la prórroga, y la denegara, no habría otro medio para que sea cumplido y ejecutado todo lo ordenado en el testamento, que el nombramiento por el Juzgado mismo de una ó más personas á quienes encargaría la ejecución de la voluntad del testador, señalándoles al efecto un determinado plazo.

El Juez debería nombrar esas personas, si declaraba terminado el albaceazgo, porque necesariamente el testamento ha de cumplirse, á ello tenían derecho los interesados, como son los legatarios; la Beneficencia, si hay alguna manda de este carácter; la Iglesia, por lo que se refiere á sufragios y misas que el testador hubiese ordenado, y se suscitarían las reclamaciones consiguientes, que el Juzgado no podría en modo alguno desatender ó desestimar.

Para evitar esto, no habiendo motivos que justifiquen la negativa de la prórroga solicitada por los albaceas, debe el Juez concederla, pero señalando el plazo de la misma é imponiendo

á los albaceas la obligación de dejar cumplido y ejecutado el testamento dentro de ese plazo, ó alegar y probar en tiempo las causas que lo hayan impedido; debiendo también esos albaceas rendir sus cuentas al Juzgado, con arreglo á lo prevenido en el párrafo segundo del art. 907 del Código civil.

A. CHARRÍN.

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I

El derecho administrativo español, al igual en esto que el de otros países, no se halla formulado y contenido en un *Código*. ¿Está esto bien? Antes de examinar tan discutido problema, es necesario saber lo que es un *Código* y lo que significa un derecho positivo *codificado*. El *Código* implica un concepto no bien definido y muy vacilante aún (1). Savigny estima el Código como «el conjunto del derecho existente, con la sanción exclusiva del Gobierno» (2); pero á pesar de esta indicación tan general, Savigny y su escuela se refieren principalmente al llamado derecho *civil*. Realmente el concepto del Código entraña dos problemas: 1.°, el relativo á su valor intrínseco como obra reflexiva del legislador; y 2.°, el relativo á la extensión cuantitativa y cualitativa del Código, problema éste que se podría formular preguntando cuáles son las condiciones que debe tener la obra del legislador para reputarla Código.

Ni uno ni otro problema están resueltos por la ciencia, no siendo fácil encontrar en las indicaciones del derecho positivo una orientación fija. La controversia sobre la codificación, uno de los capítulos más importantes de la historia político-jurí-

(1) Giner y Calderon: *Resumen de Filosofía del Derecho*, pág. 189.

(2) *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho* (trad. esp.), pág. 33.

dica moderna (1), versa principalmente sobre el primero de los indicados problemas. No voy á detenerme en revisar tal polémica, viva aun hoy: lo único que me conviene recordar es que, independientemente de toda argumentación filosófica, y del valor respectivo de las opiniones favorables ó adversas á la posibilidad y necesidad de los Códigos, la tendencia dominante en el derecho positivo se ha manifestado favorable á la codificación, realizándose ésta en casi todos los pueblos, en los derechos llamados civil, mercantil, penal, procesal, é intentándose hasta en el derecho internacional privado.

Pero es necesario advertir que los Códigos hechos para las diversas ramas del derecho positivo de los pueblos, más que reducciones sintéticas del derecho ideal, sistematizado según las exigencias del derecho mismo en la vida, y bajo el impulso organizador de un sentimiento jurídico universal intenso, han sido y son la mayoría de las veces obra política circunstancial, encaminada: 1.°, á *ordenar* lo que se cree el derecho; 2.°, á *uniformar* las reglas jurídicas; 3.°, á *difundir* su conocimiento; 4.°, á *aclarar* las dudas; 5.°, á *prevenir* ciertos conflictos, jurisdicciones, sobre todo; y 6.°, á *facilitar* la aplicación del derecho positivo, especialmente como tarea de los tribunales.

---

(1) Sin pretender dar aquí una bibliografía completa de esta célebre controversia, citaré, en primer término, como obra capital, la indicada de Savigny y también su *Sistema del derecho romano actual*, y la obra de Thibaut, el adversario de Savigny, titulada *Uber die Nothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts für Deutschland* (1814), *(Sobre la necesidad de un derecho civil común para Alemania)*. Puede consultarse, además, acerca de la lucha sobre la codificación, y en general sobre la escuela histórica, Bluntschli: *Die neuen Rechts schulen der deutschen Juristen;* Stahl: *Historia de la Filosofía del Derecho* (trad. esp.), pág. 663; Ahrens: *Derecho natural* y *Enciclopedia jurídica;* Meyer: *La codification* (1880); Ihering: *La lucha por el derecho* (trad. esp.); Scolari: *Sulla scuola storica dei giuristi* (1857); Tempio: *Della codificazione civile* (1885); Carle: *La vida del derecho* (trad. esp.); Miraglia: *Filosofía del Derecho* (trad. esp.), tomo 1.°, págs. 72 y 348; A. Cavagnari: *Filosofie giuridice secondo i canoni delle scuola storica* (1865); Vanni: *I giuristi della scuola storica di Germania* (1885); Morelli: *La funzione legislativa* (1893), págs. 137-158; Durán y Bas: Prefacio á la traducción española del *Sistema del derecho romano actual*, de Savigny.

No sería fácil juzgar aquí el valor jurídico del general movimiento favorable á la codificación; pero, inspirándome en ciertas manifestaciones de Savigny (1), me inclino á pensar que no revela un estado floreciente de la ciencia del derecho, ni una gran intensidad del sentimiento jurídico de los pueblos. Los Códigos actuales responden quizá á una situación vacilante é indefinida del derecho en la conciencia nacional, significando unos, esfuerzos encaminados á conservar la obra jurídica tradicional de los romanos, mejor ó peor entendida ésta, y otros meros ensayos más menos afortunados de definición y organización de las instituciones jurídicas.

II

Y veamos lo que supone el segundo problema: ¿á qué monumentos legislativos daremos el nombre de Códigos? La formación de un Código, tal como Savigny lo concibe en determinados momentos, parece implicar la sistematización *reflexiva* y *coactiva* del derecho de un pueblo. *Código*, del latín *condere*, fundir, reunir, ligar, aplicado al derecho de un pueblo, supondría la *sistematización, por obra ó encargo del legislador*, de su derecho todo. Sin la condición intrínseca y extrínseca á la vez, de la trabazón y ordenación sistemática, los antiguos Códigos españoles—Fuero Juzgo, Partidas, Nueva Recopilación, etc.—respondían á tal idea. Pero no es á esta clase de cuerpos jurídicos á la que por lo común se da el nombre de Códigos modernamente. En este punto lo más corriente es aplicar la palabra Código al *cuerpo jurídico*, ordenado sistemáticamente, es decir, según un plan de clasificación que se reputa científico, y que comprende una rama del derecho de un pueblo determinado, cuerpo jurídico, obra del legislador, y, por tanto,

(1) *La vocación*, etc., *passim*.

con la garantía extrema de la sanción coactiva, para la aplicación de sus preceptos por los Tribunales. No hay, sin embargo, en esto un criterio fijo: se llama Código, á veces, á una ley que sólo regula una institución dada—por ejemplo, nuestro Código de *Justicia militar*—y en cambio, no se denominan Códigos á ciertos cuerpos jurídicos de gran amplitud.

Prescindiendo ya de esto, lo cierto es que, sea cual fuere el valor intrínseco del Código como forma del derecho positivo, y sea cual fuere la amplitud del órden jurídico que en los llamados Códigos suele comprenderse, el *derecho administrativo* no está codificado, á pesar de ser, como suele decirse, *jus scriptum* por excelencia. No hay, ni en España, ni en Italia, ni en Alemania, ni en Francia, con tener ésta un derecho administrativo tan uniforme y normal, ni, por supuesto, en Inglaterra, un *Código administrativo*. Ahora bien: ante la existencia, no ya del problema en general de la codificación, sino de Códigos positivos en tantas ramas del derecho—civil, mercantil, penal y, hasta si se quiere, político (1)—los tratadistas del derecho administrativo se han propuesto con frecuencia, el problema de si debe codificarse esta rama del derecho (2), habiendo, como era de esperar, partidarios de todas las soluciones posibles. Desde luego, los defensores de las soluciones generales de la escuela histórica, son contrarios, por motivos filosóficos fundamentales, á la codificación del derecho administrativo, como de todo derecho (3). Pero de éstos no hablaremos ahora. El problema de la codificación del derecho administrativo tiene una importancia particular, independientemente de los puntos de vista generales contrarios á la codificación: nace esa

(1) Realmente las *constituciones* modernas del tipo *rígido*, v. gr., la de los Estados Unidos, Bélgica, España, etc., son verdaderos *Códigos políticos*. (Véase nuestro *Tratado de derecho político*, 2.ª lib. 1.º, cap. 5.º, y lib. 2.º V. la *Guía del derecho constitucional*, pág. 134.)

(2) Véanse las indicaciones bibliográficas que van á continuación.

(3) Naturalmente, deducen esto de los principios sostenidos por Savigny.

importancia, desde el momento en que se admite como bueno en principio, ó como hecho, la existencia de Códigos en otras ramas del derecho. En efecto, se pregunta: el derecho administrativo, ¿puede y debe codificarse del modo y forma y con el mismo alcance que se han codificado otras ramas del derecho? Ó en otros términos: lo que se *ha podido* hacer, y lo que se ha estimado *útil* hacer en el derecho civil, mercantil, penal, etc., ¿no podría hacerse también, y no sería *útil* hacerlo, en el derecho administrativo?

III

Las opiniones de los autores acerca de este punto pueden resumirse en tres soluciones, á saber:

Primera. El derecho administrativo por circunstancias especiales suyas, ó de todo el derecho *público*, no puede, y por tanto, no debe codificarse; la sostienen, entre otros, Mallein (1), Laferriere (2), Rocco (3), Carmignani (4), Manttelini (5), De Gioannis (6), Meucci (aunque algo vacilante) (7), y Di Bernardo (8).

Segunda. El derecho administrativo puede y debe ser codificado como otras ramas del derecho; sostienen esta opinión con más ó menos fuerza, entre otros, Trolley (9), Cotelle (10),

(1) *Faut-il codifier les lois administratives.*
(2) *Cours de droit public et administratif.*
(3) Citado por Meucci, *Instituzioni di Diritto amministrativo.*
(4) Citado por Meucci.
(5) *Lo Stato e il Codice civile.*
(6) *Corso di Diritto pubblico amministrativo*, t. I, pág. 177.
(7) *Instituzioni di Diritto amministrativo*, pág. 19.
(8) *La pubblica Amministrazione.* V. II, pág. 637.
(9) *Traité de la hierarchie administrative*, I, pág. 6.
(10) *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, I, pág. 185.

Solon (1), G. Telessio (2), Manna (3), Musso, (4), Mingetti (5), y Santamaría (6).

Tercera.. El derecho administrativo, si no puede—por circunstancias particulares—codificarse oficialmente y de un modo total, debe procurarse esto para el porvenir, mediante trabajos de ordenación doctrinal, recopilaciones privadas ú oficiales, etc. Sostienen esta opinión, entre otros, De Gerando (2), Colmeiro (8), el mismo Sr. Santamaría (9) y el señor Cuesta Martín (10).

Los que combaten la posibilidad y utilidad de la codificación del derecho administrativo, ya por sí, ya como rama del público, repiten casi siempre el mismo argumento: el derecho administrativo presenta, dice De Gioannis, en el más alto grado

---

(1) *Code administrative* (1848).

(2) Apéndices y notas á la obra de Derecho administrativo, de Manna. (1876), pág. 57.

(3) Manna, *Principii di Diritto Amministrativo.*

(4) *La scienza amministrativa, considerata en relacione ad un Codice amministrativo degli italiani* (1875).

(5) Minghetti: *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione* (1881), pág. 290.

(6) *Curso de Derecho administrativo* (1894), pág. 45.

(7) *Institutes de Droit administratif*, I, pág. 6.

(8) *Derecho administrativo español*, I, pág 36.

(9) *Loc. cit.*

(10) *Principios de derecho administrativo*, I, pág. 18. En el Congreso Jurídico español, celebrado en Madrid en 1886, se presentaron conclusiones en las cuales se mantenía un criterio que está dentro de esta última solución. He aquí cómo se formuló una de ellas: «Debe procurarse como complemento de las reformas que han de introducirse en la jurisdicción contencioso-administrativa, llamada á regular la vida de relación entre el Estado y los particulares la *codificación administrativa*, á cuyo ideal puede llegarse por medio de la codificación parcial, hecha oficialmente, por materias, comenzando por aquellas en que las leyes sean más completas y adelantadas, tengan mayor carácter sistemático, y sufran menos la influencia de los partidos y situaciones políticas, y por trabajos doctrinales que preparen la sistematización, que hoy no existe, del derecho administrativo.»

el carácter de *movilidad*. «A pesar, añade este autor, de los ingeniosos esfuerzos de Solón para formar un verdadero Código administrativo, creemos que la legislación administrativa, por su esencia misma, se presta muy mal á una verdadera codificación, á lo menos en el sentido de un Código fijo y duradero... Es de la naturaleza de la legislación administrativa el ser en gran parte movible; está sujeta constantemente á los cambios repetidos y numerosos de las materias sociales á que se refiere (1)». En el propio sentido se expresa Mantellini, que considera la política y la administración imposibles de codificar, por ser hechos, y sus hechos, multiformes, y complejos, en sus circunstancias de lugar, tiempo y demás condiciones (2); Di Bernardo llega más allá aún: conceptúa que esta índole, mudable é indefinible, del derecho administrativo, no sólo no tiende á disminuir, sino que tiende á aumentar, aumentando con ello la imposibilidad de la codificación (3). No es otra la opinión de Mallein. Por último, Orlando, colocándose desde un punto de vista más general, escribe que «el derecho público no se codifica, no sólo por la razón grave, aunque transitoria, de su poca elaboración actual, sino sobre todo, porque la índole misma de sus relaciones no se presta, no ya á una codificación, sino muy á menudo ni siquiera á una declaración legislativa (4).

Los defensores de la codificación administrativa fíjánse, sobre todo, en la necesidad de uniformar y ordenar la rama del derecho á que nos referimos. Un autor citado, y no muy bien tratado por cierto por Di Bernardo, dice: «si la administración es el orden, es el método organizador..., ¿cómo admitir que frente á este método y este orden se ofrezca, presentando fuerte contraste, una legislación varia, dispersa, contradictoria...?» (5).

(1) *Loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*

(3) *Loc. cit.*

(4) *I criteri tenici per la recostruzione giuridica del diritto publico*, pág 17.

(5) Obra citada, págs. 646 y siguientes.

Manna penetra algo más en el fondo del asunto y defiende la posibilidad y necesidad del Código administrativo, á partir del reconocimiento de bases fijas y permanentes en esta rama del Derecho, que es preciso por otra parte normalizar y ordenar. El Sr. Santamaría asiente al argumento de Manna (1). Telessio, anotador del libro de Manna, reclama como obra de verdadera utilidad la codificación del derecho administrativo. Por último, Minghetti, después de copiar la opinión contraria de Montellini y de juzgarla parcialmente verdadera sólo, reconoce el elemento variable é indeterminable que hay en el derecho público; pero añadiendo que «hay una porción de actos administrativos, referentes á materias de policía, de impuestos, de vías de comunicación, aguas, sanidad, etc., los cuales no sólo pueden ser sometidos á normas, sino que estas normas han sido ya en gran parte prescritas, mediante reglamentos, circulares é instrucciones, tratándose de dar á estas reglas una mayor precisión y fijeza» (2).

Realmente, los que sin atreverse á pedir desde luego una codificación oficial del derecho administrativo, se limitan á pedir ordenaciones privadas preparatorias, ó bien codificaciones parciales, no se colocan en puntos de vista distintos de los mantenidos por los autores partidarios de la codificación oficial. Únicamente se diferencian, en cuanto consideran que el estado actual del derecho administrativo no es el más á propósito para codificarlo, si bien no hay en él dificultad intrínseca insuperable que á la codificación se oponga.

IV

La cuestión, en verdad, no es fácil de resolver; pero es preciso examinarla. Por de pronto, conviene notar que el problema de la codificación del derecho administrativo, no se plan-

(1) Obra citada, pág. 46.

(2) Obra citada, pág. 292.

tea por los autores con todo el rigor jurídico conveniente: se atiende demasiado al elemento circunstancial político. En mi concepto, la posibilidad y utilidad de un Código—*oficial, obra legislativa*—administrativo, depende: primero, de lo que se opine respecto de la codificación en general; y segundo, de lo que se *pida* cuando se *pide* un Código, y aun de lo que se *espera* que el *Código pueda dar de sí.*

Un Código, en el sentido técnico, estricto, rigurosamente científico, implica la construcción reflexiva, sistemática, de una institución ó de un conjunto de instituciones jurídicas: su posibilidad real reclama todas aquellas circunstancias á que Savigny se refiere (1); esto es, gran adelanto en la técnica jurídica, y condiciones de oportunidad política: un perfecto dominio del material por parte de los juristas de la época, y un sentimiento del derecho muy despierto en el pueblo. Verdad es que, como el propio Savigny advierte, cuando todas estas circunstancias concurren, el derecho positivo tiene por sí, espontáneamente, un vigor orgánico tal, que no reclama como condición esencial de su forma externa el Código. Esto no obsta, sin embargo, para la posibilidad histórica y la necesidad de los *cuerpos jurídicos*, ya que, como advierte Ihering, «el sistema es la forma práctica más ventajosa de una materia política dada» (2).

Ahora bien: el derecho administrativo moderno dista mucho de encontrarse actualmente en país alguno, y menos en España, en las condiciones exigidas para producirse un Código

---

(1) *La vocación*, etc., caps. II, V, VII Y IX.

(2) *Espíritu del Derecho romano*, III, pág. 75 (edic. franc., 1887). 1.° El sistema es la forma más *visible*, porque es la forma más *plástica:* mediante ella, se produce la posibilidad de la *impresión de conjunto* de la masa de materiales jurídicos (pág. 75); 2.°, el sistema es la forma que conviene mejor á la materia, por ser la más *sucinta* y la más *concentrada* (pág. 76); 3.°, el sistema es la forma más *transparente* de la materia (íd.); y 4.°, el sistema es una *fuente inagotable de materia nueva* (pág. 77).

técnicamente perfecto. Le faltan todas las que Ihering reclama para que haya un *cuerpo jurídico* (codificable) (1).

En efecto, no hay: 1.°, *noción* precisa del derecho administrativo; 2.°, *sujeto* indiscutible, y 3.°, *objeto* claramente determinado (2).

Pero es preciso no forzar demasiado los términos. En rigor, si pedimos un Código técnicamente perfecto, y esperamos de él una condensación reflexiva, orgánica, verdaderamente sistemática, de un derecho positivo, aparte de que cuando el derecho se encuentra en situación tal de progreso, que es capaz acaso de producir dicho ideal del Código, el Código no *se hace*, *resulta*, puede afirmarse que ninguna rama del Derecho, de las actualmente codificadas, se halla en situación de organizarse en Código. Los que por los mundos del derecho positivo se llaman Códigos, ya queda dicho qué alcance tienen y lo que suponen y se proponen. Por este lado, no juzgo de peor condición al derecho administrativo que á cualquier otra rama jurídica. En efecto, ¿puede asegurarse que esté aquél peor definido en sí y en sus sujetos y materias que el civil, por ejemplo?... Sin duda, hay en éste más tradición, más continuidad y una estabilidad aparente más grande; sin duda que en el derecho penal se ha llegado á una mayor comunidad de ideas y de conceptos positivos; pero, ¿cuán imperfectas no son en general las codificaciones de todas estas ramas del derecho positivo? ¿Podrá resultar del intento de codificar el derecho administrativo español obra menos perfecta que nuestro Código civil? (3). ¿Habría en el Código que se hiciese en Francia del

(1) *Loc. cit.*, III, págs. 59-61.

(2) La noción del derecho administrativo se confunde con la del Poder ejecutivo. En cuanto al *sujeto*, mil relaciones hay en que no se fija adecuadamente: por ejemplo, en las relaciones de corporaciones cuya naturaleza, como entidades autónomas, está por determinar: respecto del *objeto*, basta recordar lo indefinido de los límites de la Administración.

(3) Basta recordar la existencia de la dualidad de legislaciones, á que ha dado vida el Código civil.

derecho administrativo, inconsecuencias y errores de más bulto que las señaladas por Savigny en el Código Napoleón?. (1) Por otra parte, ¿encontraría mayores dificultades la codificación del derecho administrativo federal alemán ó del español, que las que hubo que vencer para redactar el Código del Imperio, ó el Código civil de España, ante la resistencia en cuanto á este último, que oponían y oponen las regiones forales? (2).

Tocante al argumento tan repetido de la *movilidad* excesiva del derecho administrativo, mucho habría que decir. En primer término, la inmovilidad del derecho civil es más aparente que real. Las instituciones llamadas civiles están siendo hoy objeto de crítica demoledora, y hállanse amenazadas de transformaciones radicales, muchas de las cuales se verifican ya fuera de la esfera de los Códigos, en que debieran tener su natural asiento (3). Basta recordar lo que pasa con la legislación del contrato del trabajo, lo en tela de juicio que doquiera está el sistema económico de la familia, las reclamaciones *civiles* que implica el movimiento feminista, los ataques de que es objeto todo sistema hereditario, etc., etc. Y no digo nada de lo que pasa en el derecho penal, en vías de profunda transformación, para, de derecho *expiatorio* que es, convertirse en un derecho profundamente tutelar (4). Por último, el derecho mercantil, codificado en casi todas partes, tiene en pleito hasta la razón misma de su existencia, como rama independiente del derecho

---

(1) *La vocación*, etc., cap. 6.°

(2) Después de todo, la mayor parte del derecho llamado civil en que se ha logrado la *unificación* nacional, es en gran medida derecho administrativo. (Leyes de Aguas, Minas, etc.)

(3) V., por ejemplo, D'Aguanno, *Génesis y evolución del derecho civil* (trad. esp.); Cimbali, *La nueva fase del derecho civil;* Menger, *El Derecho civil y los pobres*, etc.

(4) V. Dorado, *Problemas de Derecho penal.* Este movimiento puede apreciarse en las reformas más recientes del derecho penal positivo. (Consúltese *La legislación penal comparada*, de Liszt, trad. esp.)

civil (1). La movilidad del derecho, pues, y su falta de fijeza, no puede esgrimirse como argumento en contra de la codificación administrativa.

Pero aun hay más. Cuando la mayoría de los autores hablan de la movilidad excesiva del derecho administrativo (por ejemplo, Orlando, Montellini, Di Bernardo y otros), se refieren á la vez, sin distinguir de materias civiles y políticas, al derecho que llaman *público*, confundiendo en un mismo juicio la rama del político—Gobierno del Estado por arte prudencial de gobernantes bajo el influjo inmediato de la opinión pública—y la rama del administrativo. Pero precisamente una de las operaciones doctrinales y prácticas más necesarias, á la cual podría contribuir no poco la *codificación* administrativa, como en parte ha contribuído la *legislación* administrativa, es la de distinguir adecuadamente el Podér ejecutivo político, Poder de gobierno de alta dirección de la opinión pública, que en nuestros Estados corresponde al Ministerio como Gabinete, bajo la constante inspección del Parlamento, y el Poder administrativo, *técnico* por necesidad, y por necesidad estable, predeterminado, ordenado y esencialmente sometido á los preceptos del derecho *legislado*. La acción del Poder ejecutivo político se mueve ó debe moverse en esferas de amplia libertad, permisivas, que dice Holtzendorff (2); es acción que debe confiarse al hombre de Estado, al político: su límite está en la prudencia gubernamental condicionada por la responsabilidad personal—penal y meramente política—de los gobernantes. En cambio, la acción de la Administración, como función del Estado, es acción que debe manifestarse regulada, según las exigencias normales; de una normalidad continua, condicionada por las imposiciones del derecho y por la del valor técnico de sus objetos. No hace falta un gran esfuerzo para poder señalar en la vida del Estado

(1) V. D'Aguanno, *La reforma integral de la legislación civil*, pág. 157 (trad. esp.).

(2) *Principios de política*.

constitucional, si no los límites definidos de la acción del Poder ejecutivo-político y los de la acción del Poder ejecutivo-administrativo (1), á lo menos la materia propia de cada una, y las tendencias diferentes que se acusan, predominando en la primera el elemento circunstancial y movible, y en la segunda el elemento fijo ó estable, técnico, de andar normal, y continuo y ordenado. El ejemplo que Francia nos ofrece, cambiando desde Napoleón hasta 1875 de instituciones *gubernativas* las más contrarias, y manteniendo, no obstante, su organización *administrativa* es concluyente en este respecto. Pero sin salir de España, ¿quién no ve la tendencia general bien acentuada á normalizar los servicios administrativos, mediante su ordenación legal expresa y el reconocimiento legislativo de su carácter técnico? ¿Quién no advierte esa tendencia en las leyes administrativas, que se traduce en otras tantas limitaciones del arbitrio ministerial? ¿Puede por lo demás desconocerse que la organizacion y atribuciones de las Autoridades centrales y locales en materias administrativas, la regulación de las carreras de funcionarios públicos, la ordenación de estos en el respecto de su responsabilidad, la de las clases pasivas, el servicio estadístico, los servicios de sanidad, instrucción pública, minas, montes, aguas, medios de comunicación, obras públicas, expropiación forzosa, contratación pública, vida económica, ejército, orden internacional, y sobre todo, en la ordenación regular jurídica del procedimiento administrativo ejecutivo y contencioso; puede, repito, desconocerse que todo eso ofrece un campo amplísimo á la ley y que acaso puede ser objeto de una regulación sistemática, toda vez que hay en todo ello mucho, pero mucho que no es *mudable*, en el sentido que lo mudable se toma cuando se presenta como carácter desfavorable del derecho administrativo?

Procurando resumir la opinión que me parece más pruden-

(1) Véase luego.

te en cuanto al problema de la codificación administrativa, creo poder afirmar lo siguiente: 1.°, que el derecho administrativo no está positivamente en las condiciones apetecibles para ser obra legislativa en forma de Código sistemático, verdadera representación orgánica de un ideal de *derecho;* 2.°, que el derecho administrativo, sin embargo de esto, no está en peores condiciones que las demás ramas del Derecho, para ser objeto de una codificación análoga á las hechas en estas ramas; 3.°, que en el derecho administrativo hay elementos fundamentales de cierta fijeza, que es posible y conveniente definir y fijar de un modo ordenado y jurídico; y 4.°, que en todos los pueblos se acusa una tendencia muy marcada á la estabilidad y normalidad de las instituciones administrativas: tendencia que dentro de ciertos límites debe el legislador acentuar y perfeccionar.

V

Ahora bien: en vista de estas conclusiones, que estimo sostenibles aun refiriéndose al derecho administrativo español, ¿qué opinión podíamos formular como más prudente respecto de la posibilidad y utilidad de una codificación de éste? Desde luego es preciso reconocer que, aun siendo sostenibles las conclusiones antes sentadas en general acerca del derecho administrativo, como rama jurídica codificable, con respecto al español, en este derecho se acentúa más que en la mayoría de los derechos positivos de los principales países (Alemania y Francia, sobre todo) lo desfavorable. En efecto, por una porción de circunstancias que no es del caso examinar, el derecho administrativo en España no ha alcanzado muy alta elaboración científica; su enseñanza peca de insuficiente en extremo; la vida de los Poderes del Estado no ha sido tan normal y vigorosa en sus bases y en su organización, como es necesario para que poco á poco se condense y forme un Poder administrativo definido, tradicional y progresivo al propio

tiempo. Por otro lado, la lamentable confusión de esferas del Poder, hija de una falta casi absoluta de verdadero *sentido jurídico*, ha introducido, y á veces entronizado, el desorden y la arbitrariedad donde debiera reinar el derecho é imperar la justicia. Pero, si limitamos nuestras aspiraciones á lo posible, si no damos al Código el valor técnico más arriba indicado, si lo consideramos, no como el *cuerpo jurídico* de que Ihering nos habla, sino como modesta manifestación de un esfuerzo por parte del legislador para definir una esfera del derecho, que á todas luces existe, y como intento de coordinación y ordenación en un *monumento legal* de principios y reglas dispersas, y á veces contradictorias, la obra de la codificación del derecho administrativo—que por otra parte exigiría muy complejos y detenidos trabajos preparatorios—no la conceptúo imposible, ni sería completamente inútil; no la conceptúo más imposible que la codificación civil, ya realizada, ni menos útil que ella, y presumo que podría llevarse á cabo sin tropezar con la resistencia que el Código civil no pudo vencer en las regiones forales, por lo que al fin sería más completa, más universal, y acaso más eficaz.

Claro es que no cabe reseñar aquí cómo podría ó debería procederse para la preparación del Código administrativo español (1). Por de pronto, estimo, opinando en esto como el señor Colmeiro (2) y como el Sr. Santamaría (3), que son antecedentes utilísimos los intentos doctrinales de sistematización del derecho administrativo, hechos teniendo en cuenta los principios en que tiende á descansar el de España. Por otra parte, sería preciso verificar una verdadera selección, á través de lo legislado, de las disposiciones de carácter administrativo, dado

(1) El autor ha reunido muchos materiales, y puede algún día intente un ensayo de sistematización, en forma análoga á la de un Código del derecho administrativo español.

(2) Obra citada.

(3) Obra citada.

el concepto capital que de éste el legislador forma, así como sería también necesario recoger y formular aquellos principios fundamentales que se desprenden de la jurisprudencia administrativa. Sin que esto tenga otro valor que el de una mera indicación provisional y perfectamente rectificable, creo que después de fijar la noción jurídico-positiva del derecho administrativo, la obra del legislador podría orientarse en la ordenación sistemática, á partir de los principios constitucionales, que son la base actual de la organización político-administrativa, y que con ligeras variantes en el fondo y forma vienen siéndolo hace más de un siglo, recogiendo luego todo lo legislado con carácter de administrativo: 1.°, sobre el Poder administrativo en general; 2.°, sobre organización administrativa; 3.°, sobre funcionarios públicos; 4.°, sobre las distintas materias de la Administración, y 5.°, sobre procedimiento y jurisdicción administrativos.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de la Universidad de Oviedo.

Oviedo, Septiembre 1896.

REGISTRO CIVIL DE LAS PERSONAS

Existen de antiguo, y se llevan actualmente por los Juzgados municipales, con el nombre de Registro civil, unos libros, donde se consignan como principales datos, en el punto en que tienen lugar, el nacimiento, los matrimonios y la defunción de las personas; trasládanse también á los libros modernos las concesiones de ciudadanía española, y debiendo según la ley, que en esta parte apenas se cumple, anotarse al margen de la inscripción de nacimiento con detalle breve las posteriores inscripciones; pero ni los antiguos libros parroquiales, destinados preferentemente al fin religioso con que se escribieron, ni los que les han sustituído, ni las certificaciones de unos y otros, representan, en realidad, el verdadero Registro civil de las personas, que debe ser único y abrazar una serie de asientos importantes de otros actos de la vida civil distinto de los matrimonios, única inscripción que desde que se extiende afecta á los interesados, los cuales, ni en el momento que nacen, ni menos cuando mueren, obtienen ventaja de estas dobles actas, carpetas más bien, de la de su matrimonio ó matrimonios, y que entre todas no llenan otro objetivo que el de la justificación de los casamientos y la prueba de los derechos, sucesorios ó de otra clase, desprendidos de las relaciones legales entre parientes.

Estrecho campo es, pues, el que abarca el Registro civil, cuando le tiene más dilatado y fecundo que el de la propiedad, tanto por el mayor aprecio que merece el señor de los bienes sobre todas las riquezas, que él avalora y á él están destinadas, como porque aquel Registro, científicamente organizado, habría de servir para otras muchas fases de la vida jurídica de mayor trascendencia que la individualista del de la propiedad, y además para establecer el crédito personal, como el otro ha sido cimiento del hipotecario: que tiene el hombre, aparte de los bienes de que pueda disponer de presente y heredar de sus mayores, otro valor propio, personal, en lo porvenir, representado por sus méritos y posición social, por sus condiciones de salud, probidad é inteligencia, á que pueden llamar él, la Nación y los que con él contraten, legítimas esperanzas, y siendo á un tiempo sujeto y objeto de los fines humanos, su labór se aquilata cuando consigue utilidad para sí y sus semejantes por medio del crédito, que le proporciona recursos de toda clase y admiración y aclamaciones para los más dignos; pues no es la gloria terrena otra cosa que un crédito moral que abre el mundo á sus hijos predilectos, crédito que desgraciadamente sólo llega para muchos en las postrimerías de su existencia y á veces años y siglos después. Ese crédito de los vivos y de los muertos es base esencial de gobierno y promesa segura para que, cuantos pueden aspirar á conseguirle, confien en obtenerlo, como es deber del Estado facilitarle, del mismo modo que promueve la circulación de la riqueza, á la que va enlazado, siendo uno de sus principales resortes.

El hombre, ¿quién lo niega? es el primer cuidado de la sociedad, como lo es de su Creador; se paga caro su rescate, se sella con humana sangre las conquistas de sus derechos; por consiguiente, en cosa alguna estará mejor empleado el gasto que por él se haga que en concederle autenticidad personal á toda hora y en cualquier sitio; en proporcionarle igual conocimiento de sus semejantes, de sus conciudadanos, y en abrirle, según sus merecimientos y capacidad, la cuenta corriente que

nos abren el amigo y el familiar; que, más que amigo, padre solícito y agradecido debe ser el Gobierno para los que en apretado haz de afectos y de intereses le dan vida y constituyen la mejor y más perfecta hermandad, la Patria, con un mismo lenguaje, unos mismos sentimientos, unas mismas leyes y una sola bandera.

Si para llegar al establecimiento del crédito territorial ha sido indispensable la creación de un Registro hipotecario, expreso y científico, para instaurar el crédito personal, lo es igualmente perfeccionar el embrionario y diseminado Registro civil que hoy existe y complementarle con leyes que faciliten su desarrollo, entre ellas una de premios ó recompensas paralela é inversa del Código penal, que también está iniciada en nuestra legislación, desde la inmunidad parlamentaria á las exenciones del servicio militar, moratorias, indultos, pensiones para artistas, etc., todo lo que sea favor, que ciertamente no le prodiga el Estado, como los abandonos, los impuestos y los castigos. Otro día nos ocuparemos, mediante la voluntad Divina, de este aspecto del crédito personal tan abierto á largas consideraciones; hoy sólo vamos á tratar, á grandes rasgos, de lo que, según nuestro pobrísimo criterio, sería conducente para establecer sobre reglas semejantes á las del derecho hipotecario, el del Registro civil.

Teniendo mucho mayor precio la persona que los bienes, la vida que la riqueza, dedúcese, lógicamente, que debiera estar más cuidado, más atendido, mejor organizado el Registro civil de las personas que el Registro de la propiedad, instituciones ambas modernas en la forma que hoy revisten; pero, no sucede así: sólo la segunda ha llegado á un relativo desenvolvimiento y progreso científico, quedando muy rezagada, sobre todo en nuestra patria, la del Registro civil, que data de fecha más cercana y se resiente, en primer término y como defecto capital, aparte de otros gravísimos, de que no hallándose radicada, centralizada la historia individual en una sola oficina para obtenerla completa, hay que acudir á diversos puntos, juntar

muchas certificaciones parciales, la mayoría de las que no constan en los Juzgados municipales ni en la cédula personal, así es que se hace difícil, y sólo ante la imposibilidad de salvar las dificultades existentes se dan por allanadas, completar un sencillo expediente de ingreso en la segunda enseñanza, para tomar parte en una oposición, para optar á un cargo público y para todos los demás usos de la vida. Defectos son éstos que están á la vista, que con aplicación al estricto derecho civil tienen más costosa y difícil enmienda, y para su remedio no queda otro camino que desprender la materia del Registro civil de la jurisdicción de los tribunales municipales, tan poco ilustrados como faltos de territorio en su mayoría, encomendándola á empleados *ad hoc*; crear un Cuerpo de Registradores, como el de los de la propiedad, con funciones propias, reguladas por una ley más amplia, más armónica y meditada que la que hoy existe. No se nos ocultan los inconvenientes y los gastos que ofrece el asunto; pero ni las dificultades son motivo para que se desespere de vencerlas cuando se persiguen objetivos de tan alta importancia como el que nos ocupa, ni menos pueden servir para que nuestra modesta pluma calle y deje de presentar un croquis de dicha reforma, que habrá de avalorarse en manos más peritas si algún día las Comisiones legislativas ponen las ilustres suyas al servicio de tan capital idea.

Nosotros, que queremos mucho Ejército y mucha Marina que honren y defiendan á la Patria, queremos también, en proporción á su grandeza, muchos gastos en los demás Departamentos ministeriales; claro es que justificados y convenientes, que la den nuevo empuje y mayor brillo: queremos el catastro parcelario, el empadronamiento de la riqueza personal de la Nación, ó sea de todos los que la forman, á los que va adherida dicha riqueza, encomendado á otros funcionarios que alcaldes de monterilla y jueces de arado; la cédula personal, distinta de la que se usa, con aspecto esencialmente jurídico no incompatible con el tributario que hoy la distingue; quere

mos, al lado del Registro de la propiedad, el Registro civil de las personas, más procedente y necesario que el de los bienes inmuebles, que, como dejamos expuesto, nada valen en parangón con sus propietarios ni llenan otro fin que el de los objetos materiales, proporcionar á sus dueños y al país que habitan medios de engrandecimiento, de bienestar y civilización.

Es fórmula para los Notarios, llamados en sustitución de un Registro civil de las personas á garantizar la personalidad de los que ante ellos otorgan, decir, cuando no sospechan lo contrario, que tienen, *á su juicio*, la capacidad suficiente, y que les aseguran hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; y, aparte de que la emisión de aquel *juicio* convierte á los Notarios en Jueces, encargados de resolver las cuestiones sobre capacidad, tan íntimamente ligadas con la personalidad, sin medios bastantes para decidirlas, ni responsabilidad alguna cuando yerran, es aun mayor el riesgo que resulta de creer por su palabra al que afirma hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; concepto vano y baldío en los contratos onerosos si no se le une el de la plena responsabilidad, puesto que derechos y obligaciones son correlativos, y nadie debe tener más derechos civiles que los que quepan dentro de su responsabilidad, y como el aspecto oneroso es el más frecuente en las convenciones, el que mayor atención exige del legislador, justo es que, frente á esa plenitud de derechos civiles, rebajada por la realidad á lo que se sume ó calcule respecto á la responsabilidad del obligado, se ponga de manifiesto esta responsabilidad, que, como unida al individuo en el crédito personal, ó sea en todo contrato no prendario ni hipotecario, debiera tener por base, fuera del propio conocimiento, un documento distinto de la cédula personal, en la que ya, por prescindirse todo, se ha prescindido de las señas personales y sólo queda como garantía la firma del interesado, para los que sepan escribir. Esta base no puede ser otra que el padrón, la hoja histórica de la persona, en cuyos detalles conste su capacidad y su responsabilidad. La última, en lo que pueda tener

de material y directa con el crédito personal abierto al empadronado, no estará en el padrón, donde no ha de constar el uso que haya hecho de ese crédito, como no constan en la escritura de adquisición de una finca los posteriores contratos que haya podido otorgar sobre ella su propietario; pero sí constara el crédito abierto, el no disponible hasta entonces y el medio fácil de averiguar hasta cuánto dispuso el empadronado del que pudo utilizar, según se averigua en el Registro de la propiedad si un predio está libre ó gravado. Hoy no podemos acudir á ninguna parte para conocer la historia y el crédito de una persona más que á informes privados; y como esa historia sea un tanto complicada, tendremos que recorrer la Península, sus colonias y acaso algún país extranjero, á la vez que todo género de tribunales y oficinas, para reconstruirla documentalmente.

Entre los resultados de mayor cuantía que habrían de obtenerse, una vez desarrollado en toda su importancia el Registro civil de las personas, son evidentes los que siguen: 1.º La personalización definitiva—si se nos deja expresarnos de este modo—de todos los ciudadanos, sustituyendo á la cédula personal ánua el padrón único, con otras condiciones de explicitud y seriedad; 2.º La autobiografía ó historial de cada individuo con aplicación á la vida social, semejante á las hojas de servicios y hechos de los que derraman ó están prontos á derramar su sangre bajo los pliegues de nuestra augusta bandera; 3.º La instauración del crédito personal, que hoy apenas es bondadoso trato entre amigos ú operaciones de crédito inverosímiles, por los intereses estipulados y el *vía crucis* que han de seguir primero el prestatario y luego para cobrar el prestamista, cuyo crédito podría superar en importancia al prendario é hipotecario y traer sobre éstos las mismas condiciones sencillas y brevísimas del personal; cosas todas que, como en su tiempo la desvinculación y desamortización, dejarían sobre nuestro país el limo fecundante de la circulación de la riqueza y acaso harían olvidar las brutalidades del anarquismo y las exageraciones del

socialismo de abajo, con su cohorte de trastornos y sangrientos cambios políticos.

No parece propio de este artículo ocuparnos de la manera de arbitrar recursos para los gastos que supone la elevación á Centro independiente y con vida propia, en la forma que le concebimos, del Registro civil de las personas; pero admítasenos, siquiera de pasada, argüir ante la conocida muletilla de la penuria del Tesoro, que la cantidad necesaria para el funcionamiento del referido Centro, si no se quiere buscar por las transformaciones que á grandes voces está pidiendo nuestro anticuado sistema rentístico, transformaciones que habían de ir seguidas de considerables ingresos para la Hacienda pública, deben obtenerse por los medios extraordinarios á que se acude para otras necesidades perentorias, por un empréstito, que no sería peor empleado que en las exigencias de una guerra, donde toda probabilidad de ganancia queda en el aire y no es fácil el cálculo aproximado de lo que habrá que gastar, al contrario de lo que ocurriría con la expresada reforma, de indudable beneficio general.

En estos tiempos de maravilloso progreso, todos los moldes de la antigua legislación son estrechos y mezquinos, y en el Derecho civil, lleno de vías apias y julianas, es donde más se siente la necesidad de adelantos que le armonicen con las últimas necesidades. Siendo una de éstas, tal vez, por lo fundamental la más importante, la referente al Registro civil de las personas, pasamos á esbozar á continuación sus bases por párrafos separados y prescindiendo de todo lo que pudiera ser orgánico y reglamentario.

BASES

PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL REGISTRO CIVIL DE LAS PERSONAS

El Registro civil de las personas se llevará por funcionarios elegidos al efecto por un sistema análogo al de los Registrado-

res de la propiedad y se acreditará por un padrón expedido al individuo al tiempo de su nacimiento ó al inscribirle como ciudadano español, que deberá continuarse con las anotaciones convenientes durante su vida y recogerse á su defunción, archivándole en la oficina de origen, donde ha de constar la matríz del mismo.

Para las personas que nazcan en lo sucesivo, el Registro civil de cada una se entenderá radicado en el punto de la primera inscripción, á la que se llevarán por orden de fechas cuantas sean de hacer, y para los que adquieran ó recobren la nacionalidad española radicará, si no tuvieran en España inscrito su nacimiento, en el Registro donde se consigne la ciudadanía de los mismos.

Para las personas ya nacidas, el punto central de registro de los actos que afecten á su situación y estado civil será el de la primera inscripción que se verifique con relación á las mismas, si no optaren porque lo sea el en que conste inscrito su nacimiento, y en todo caso, se traerá al Registro que ha de quedar como definitivo certificación del acta de nacimiento y de la del último matrimonio que pudieran haber celebrado.

El registro civil de cada persona radicará en una sola oficina y será correlativo con el padrón, que deberá expedirse de oficio é inmediatamente de la primera inscripción, consignándose después de ésta y en aquél las posteriores inscripciones que deban verificarse. Siempre que haya de verificarse alguna inscripción referente á persona nacida con anterioridad á la vigencia de estos preceptos, el encargado de autorizarla expedirá el padrón correspondiente, el cual será canjeado en la oficina á que corresponda el pueblo de su nacimiento si á dicha persona así le conviniere.

La admisión y conservación del padrón de estado civil es obligatoria para toda persona mayor de edad á que se refiera y para los que representen legalmente á los menores ó incapacitados cuya personalidad demuestre. También es obligatoria su exhibición y presentación para extender en él las anotaciones

sucesivas que deba contener, para comparecer en juicio y para el otorgamiento de actos ó contratos ante Notario ó funcionario público.

Los particulares obligados á conservar uno ó más padrones de estado civil podrán depositarlos en el Juzgado de primera instancia de su domicilio, y obtener de él una copia autorizada si la pretendieren. El depósito, la copia y su recibo no devengarán ningún derecho, y presentado el recibo se devolverá el padrón, sin dilaciones ni providencias, al que le presente para su canjeo. También podrán depositarse dichos padrones en las Notarías de capital de Registro, pero quien los deposite deberá proveerse de recibo legalizado para que se tenga por hecho el depósito.

Cuando el requerido de presentación de un padrón justificare tenerle depositado, la autoridad que le reclame recogerá el recibo, dando resguardo al que le entregue, y reclamará el padrón de quien le tuviere depositado. Hecha en el padrón la anotación procedente, se entregará al que deba conservarle, si no pidiere que se devuelva al punto ó Notaría donde estuviese depositado con anterioridad.

La resistencia á exhibir ó facilitar un padrón de estado civil, ó el recibo de su depósito, será considerada como delito de desobediencia y dará lugar al procesamiento y á la recogida del mismo en la vía criminal.

Si se alegare extravío de un padrón, se facilitará otro al que debiera conservarle, exigiéndole la multa de cien pesetas, que se aplicará al pago de los derechos de nueva expedición, y si no las abonase en el acto, se procederá á exigírselas por la vía de apremio, sufriendo, desde luego, un día de prisión por cada cinco pesetas que deba de satisfacer.

El extravío de cada padrón en los depósitos autorizados hará responsables á los encargados de su custodia de los gastos necesarios para formalizarle de nuevo y de la corrección que señalen sus superiores, sin perjuicio de la formación de causa cuando proceda.

En los casos de robo, hurto ó desaparición fortuita de un padrón de estado civil, denunciados por el que deba conservarle, se le expedirá de oficio otro segundo, instruyéndose para ello expediente, sin perjuicio de la responsabilidad del denunciante por acusación ó denuncia falsa, y de que la falta se considere como extravío, si así procediera.

La reproducción de todo padrón llevará la expresión ordinal de si es primero, segundo ó posterior, y se verificará por los datos que consten en el registro ordinario y los que arrojen las copias autorizadas del mismo que puedan existir.

Toda nota que se extienda en un padrón, obliga al que la autorice á conseguir aviso de haber sido reproducida textualmente en la inscripción matriz ó de origen, y transcurridos treinta días para la Península y sus islas adyacentes y posesiones de Africa, sesenta para Cuba y Puerto Rico y tres meses para los demás dominios de España, se dirigirá en queja al superior respectivo del avisado para que le obligue al cumplimiento de sus deberes.

No se entenderá concluído ningún pleito ni causa cuya resolución ejecutoria deba constar en el Registro civil de las personas sin que, después de ser firme, se haga constar, concreta y sucintamente, la parte del fallo registrable en el padrón de cada interesado y en los Registros en que deba constar, lo que se comprobará con los avisos convenientes formándose sin exacción de costas ni derechos pieza separada, á los efectos del Registro civil.

Se concede acción pública para obtener en cualquier padrón la extensión de las anotaciones que deba contener; pero el que la ejercite que no sea el propio interesado ó su representante legal, para ser atendido, deberá presentar prueba auténtica del hecho que motive la anotación y solicitarla en el Registro del domicilio de la persona á que se refiere, que ha de ser oída por sí ó por su representación legal.

El registro del estado y situación civil de las personas comprenderá:

Las inscripciones y anotaciones de nacimiento, matrimonio, emancipación, reconocimientos de paternidad, legitimación, naturalización, ley particular civil y defunción de cada interesado, su relación de parentesco legítimo ó ilegítimo, en cuanto sea legalmente conocido, en línea recta ascendente hasta los abuelos, en línea recta descendente hasta los primeros nietos, en líneas rectas ilegítimas de padres á hijos, en línea colateral los hermanos de todas clases y en afinidad únicamente de la persona con que el empadronado contraiga matrimonio.

Las variaciones legales ó declaraciones judiciales firmes que afecten al estado civil del empadronado, ó le limiten de algún modo, las condenas criminales que se les impongan por causa de delito, las de suministrar alimentos naturales, las referentes al servicio militar ó su redención y licenciamiento respecto á los varones, con sujeción á la ley de Reemplazos, las declaraciones de insolvencia total ó parcial que les respecten y los testamentos abiertos que otorguen con condición de que han de constar en el padrón.

Los indultos generales ó especiales, rebajas de condena y conmutaciones de pena que se refieran al propio individuo.

Las declaraciones ó hechos legales ó judiciales que influyan en el estado civil de sus parientes legítimos y naturales ya mencionados y de su cónyuge, la defunción de todos estos parientes y la declaración de ausencia en ignorado paradero y de presunción de muerte de repetidos parientes y del empadronado.

El crédito personal otorgado al empadronado, los plazos dentro de los cuales puede hacer uso de las anualidades concedidas, fundamento de la concesión del crédito, su suspensión y terminación, y las causas que las hayan producido.

Es obligatoria la anotación en el padrón correspondiente y después las inscripciones primeras de nacimiento, naturalización ó ciudadanía, matrices de cada registro, en su caso, de los datos siguientes:

1.° El sometimiento al Código civil en territorio donde se aplique dicho Código, de los hijos de padres sujetos al derecho foral.

2.° La obtención ó ganancia de vecindad en territorio donde rija el Código civil, de las personas á quienes por su estatuto les sería en otro caso aplicable el derecho foral.

3.° La consolidación de la nacionalidad española en los nacidos en España de padres extranjeros.

4.° La reintegración de la nacionalidad española de los que la perdieron temporalmente.

5.° La naturalización y ganancia de vecindad española á favor de extranjeros.

6.° La conservación de la nacionalidad por los españoles que pasen al extranjero y sus respectivas familias.

7.° El derecho de extraterritorialidad que asista á los funcionarios del Gobierno español que residan en el extranjero.

8.° Las declaraciones judiciales ejecutorias de demencia ó imbecilidad.

9.° Las declaraciones judiciales firmes de prodigalidad.

10. Las declaraciones de concurso y quiebra.

11. Las declaraciones de nulidad de las declaraciones anteriores, ó que las dejen sin efecto, y las rehabilitaciones de los concursados, quebrados y pródigos.

12. El día en que el tutor definitivo empiece á ejercer la tutela del empadronado, y el nombre y domicilio de aquél y del protutor.

13. Las variaciones que afecten al desempeño de dichos cargos de tutor y protutor y á sus facultades.

14. La remoción de los cargos de tutor y protutor.

15. La terminación de la tutela y el motivo que la produce, cuando no sea la entrada del empadronado en la mayor edad ó su defunción.

16. La emancipación.

17. La adopción.

18. La habilitación de mayor edad concedida á los menores.

19. La redención del servicio militar, el ingreso en caja para cumplirle; la terminación del mismo ó su sustitución en debida forma con arreglo á las leyes de Reemplazos respecto á los varones sujetos á dicho servicio y las exenciones definitivas del repetido servicio.

20. Las condenas de toda clase que se impongan por razón de delito y la aplicación posterior de todo perdón, indulto, rebaja de condena ó conmutación de penalidad.

21. Las penas accesorias de interdicción civil, inhabilitaciones y suspensión de cargo, profesión, oficio ó derecho de sufragio.

22. La defunción de abuelos legítimos, padres, cónyuges, hijos legítimos y naturales y hermanos de todas clases.

23. La ordenación *in sacris* y la profesión en una orden religiosa canónicamente aprobada, que ligue con voto solemne de castidad.

24. La revalidación del matrimonio de varones mayores de catorce años y hembras menores de doce.

25. El matrimonio del empadronado que no fuese de conciencia.

26. La obtención del consentimiento para contraerle, cuando fuera necesario.

27. La petición del consejo al mismo efecto, en su caso.

28. El consentimiento al casado menor de dieciocho años para que pueda administrar sus bienes.

29. Las capitulaciones matrimoniales que dispongan cosa en contrario á la sociedad legal de gananciales, el contrato en que se establezca no regirá esta sociedad entre los esposos, las sentencias de separación de bienes de los cónyuges constante matrimonio y la escritura que deben otorgar cuando cese la separación.

30. La licencia del marido á la mujer para que pueda comparecer en juicio, ejercer el comercio, adquirir bienes, gravarlos, enajenarlos y obligarse.

31. La licencia judicial dada á la esposa por la negativa del marido para aceptar determinada herencia.

32. Las habilitaciones á la mujer para comparecer en juicio, gravar ó enajenar sus bienes y la dispensa de no seguir al marido cuando traslade su residencia á Ultramar ó á país extranjero.

33. La concesión de la administración de los bienes del matrimonio conferida á la mujer.

34. Las disposiciones que se adopten durante el juicio de divorcio.

35. Las sentencias firmes sobre divorcio y nulidad de matrimonio.

36. La forma en que se haya hecho entrega de los hijos por declararse nulo el matrimonio ó por causa de divorcio.

37. La reconciliación que ponga término al juicio de divorcio y los efectos de la sentencia que deban subsistir á pesar de la reconciliación.

38. El nacimiento de hijos constante matrimonio y de los póstumos.

39. La pérdida y suspensión de la patria potestad.

40. La obligación impuesta á los padres de dotar á la hija legítima y la cuantía que se señaló para la dote.

41. El matrimonio de los hijos y de los padres.

42. La disposición testamentaria del marido fallecido en que éste ordenare que su viuda, si pasa á segundas nupcias, conserve la patria potestad sobre sus hijos comunes.

43. Las legitimaciones de hijos, con expresión de la causa que las produce.

44. El reconocimiento de hijos naturales.

45. Las decisiones judiciales firmes sobre paternidad y filiación.

46. La adopción de medidas provisionales en caso de ausencia en ignorado paradero.

47. La declaración de ausencia en ignorado paradero, cuando cause ejecutoria.

48. La declaración de muerte presunta del ausente, cuando cause ejecutoria.

49. La anulación de las diligencias y resoluciones dictadas sobre ausencia y presunción de muerte.

50. Las incapacidades declaradas definitivamente para suceder á determinada persona.

51. La circunstancia de haber pertenecido á una sociedad declarada ilícita.

52. El otorgamiento de testamento abierto, cuando en la escritura pública que se otorgue se haga constar esta condición por el testador.

53. El crédito personal abierto al empadronado, duración, plazos en que puede utilizarle, y su suspensión y liquidación.

54. La defunción del empadronado, para lo que se recogerá el padrón, y extendida que sea la correspondiente nota, se archivará en el Registro matriz, haciéndolo constar en la inscripción de defunción.

Las actas del Registro que estén en desacuerdo con el padrón serán rectificadas si á ello hubiere lugar, ó en su caso, dicho padrón; pero si existiese contradicción notoria entre unas y otro, y no hubiese pruebas decisivas supletorias, se estará y pasará en los juicios de posesión ó aclaración de dicho estado por lo que de las actas resulte. También serán precisas dichas actas, ó certificación en regla de ellas, para los juicios sucesorios y para acreditar la sucesión del litigante que hubiere fallecido.

No tendrán efecto alguno legal, mientras no aparezcan inscritas en el Registro y padrón correspondiente, las naturalizaciones, el sometimiento al Código civil de los que se hallaren bajo el régimen foral, la obtención y ganancia de vecindad, las declaraciones de prodigalidad y rehabilitación de los pródigos, la emancipación, la adopción, la habilitación de mayor edad, el consentimiento al casado menor de dieciocho años para administrar sus bienes, la reconciliación que ponga término al juicio de divorcio y la disposición del marido fallecido, de que

su viuda que pase á segundas nupcias conserve la patria potestad sobre los hijos comunes, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas.

Los actos, resoluciones y declaraciones que hemos numerado y que en nuestro humilde juicio deben constar en el Registro civil, fuera de los referentes á las condenas criminales, servicio militar y crédito personal, están tomados todos del articulado del Código civil, con la única excepción de los que aluden á la rehabilitación de los pródigos, sobre la cual, y para justificarla, hemos de exponer algunas consideraciones.

La ley civil no dispone, ni tampoco prohibe, la rehabilitación del pródigo, que no va á ser de peor condición que el loco, á quien se reintegra, por decirlo así, en su personalidad cuando consigue y demuestra la curación de su locura; por consiguiente, es de estricta justicia que para el pródigo se haga otro tanto cuando pruebe que se halla curado de sus tendencias fastuosas ó derrochadoras, cuando á nadie perjudique con sus derroches, cuando se ilustre en alto grado, cuando pueda presumirse corregida, olvidada, purgada, prescrita, esta manía, y cuando nada tiene que derrochar, pues los efectos de la prodigalidad se refieren más á los bienes adquiridos antes que á los que puedan obtenerse después, sobre todo á título oneroso: en su consecuencia, creemos que podría acordarse la rehabilitación de los declarados pródigos en los casos siguientes: 1.º Cuando por medio de su trabajo ó industria, independientemente del azar ó del caso fortuito, rehagan su caudal, llegando á tenerle más amplio y saneado que el que malbarataron, á cuyo efecto, en la parte dispositiva de la sentencia de prodigalidad, se hará constar, aproximadamente á lo menos, el haber total del pródigo y la cantidad del mismo que haya malbaratado en los dos últimos años. 2.º Cuando contraiga matrimonio con persona que le aporte cantidad aproximadamente igual á la que disipó, si el cónyuge no se opone á la rehabilitación. 3.º Cuando por terminación de una carrera literaria, ó pruebas semejantes en

otro órden de conocimientos, acredite haber perfeccionado en alto grado su anterior ilustración, siempre que hayan transcurrido cinco años desde la declaración de prodigalidad. 4.° A los diez años de dicha declaración, siempre que no se demuestre por los que la obtuvieron, ú otros interesados, que continúa con sus dispendiosas inclinaciones; y 5.° Cuando sea declarado insolvente, con la única limitación de seguir en el entredicho para los bienes que le correspondan como heredero forzoso ó por testamento de fecha anterior á la declaración de prodigalidad.

Las anotaciones en el padrón de las condenas criminales que no tienen ningún concepto infamante, puesto que ya no existen penas de esa clase, y las referentes á cómo el empadronado cumplió ó fué declarado exento ó libre del servicio militar, justificadas están por su sola enunciación; y en cuanto á la relativa al crédito personal, su creación y desarrollo, hemos prometido, y lo cumpliremos, tratarla otro día con el detenimiento que merece. Bástenos, por hoy, anticipar que es cuestión sumamente compleja, y como nosotros la concebimos, su realidad estriba en generalizar la protección oficial y particular á todas las industrias y manifestaciones del talento y del trabajo, reuniendo en una síntesis moderna la legislación sobre préstamos sin garantía determinada, pósitos, seguros, montepíos, asociaciones cooperativas, cajas de auxilio y otra serie de disposiciones análogas, armonizándolas con reformas de nuestro sistema hipotecario que le aproximen al australiano y alemán, mejorados, dando más entrada en ellos á lo que todos tienen de aleatorios.

Reunidos tantos elementos dispersos como flotan en nuestra atmósfera legislativa y en nuestras costumbres, asimilándonos las del extranjero que aquí deban aclimatarse, se daría nueva vida, nuevas energías á nuestra querida Patria; se evitarían sangrientas revueltas; se abrirían amplios cauces á las novísimas necesidades y se establecería mayor correlatividad de derechos entre el Estado y sus ciudadanos: que si se ha de dar

al Rey la hacienda y la vida, no es con el fin de que le sirvan de boato y de recreo, sino para que promueva el bien general del país, para devolverle, amasados, esa sangre y ese oro en servicios útiles, en protección á los necesitados, en engrandecimiento y dignidad nacional.

HELIODORO ROJAS.

DERECHO CONSUETUDINARIO
DE ESPAÑA (*)

ASTURIAS

Derecho de familia.

Preliminar: la familia rural en los países eslavos y en Oriente: su relación con la propiedad colectiva.
La familia rural asturiana:
Su unidad: indivisión de la casería ó del patrimonio: nombramiento de sucesor: obligaciones impuestas á éste: capitulaciones matrimoniales: sociedad ganancial.
Derechos de los hijos no casados en casa. Peculio: diferencia respecto del Alto Aragón.
El foro y el arrendamiento, en relación con la institución de la familia.
Autoridad del padre, antiguamente y en la actualidad.
Lugar ó posición de la mujer en la familia.

Las profundas investigaciones de Sumner Maine sobre el derecho en las antiguas poblaciones de la India, y los estudios recientes del mismo escritor, de V. Bogisic y otros notables pensadores, sobre la familia entre los diversos pueblos del Oriente de Europa, me inducen á suponer que no carecerán de interés algunas indicaciones sobre institución que tanto arraigo tiene en el sentimiento popular, con aplicación á un país montañoso, en cuyas costumbres encuentra el amante de los estudios jurídicos no poco que observar y que aprender.

La familia rural, lo mismo en los países eslavos de Europa que en la Rusia asiática y en la India, según Sumner Maine,

* Véanse las págs. 42, 225, 558 del tomo 88 y 180 y 290 de este tomo.

conserva una organización íntimamente ligada con la propiedad colectiva de los pueblos primitivos. Es la *gens* de los romanos, la *sept* céltica; familia compuesta de varios matrimonios correspondientes á un mismo linaje, que cultivan en común la tierra, disfrutando colectivamente de la totalidad de los bienes que adquieren. El jefe es propiamente el patriarca, el más anciano ordinariamente, si bien la designación depende del acuerdo entre los varones, que en la gran familia tienen voz y voto, dándose muchas veces el caso de que la jefatura recaiga en una mujer. La circunstancia de ser colectiva la propiedad, impide que al fallecimiento del jefe se disuelva la familia; de donde se infiere que el individuo queda subordinado á la colectividad en esta organización.

El tránsito, en que muchos de estos pueblos están, de la propiedad colectiva á la propiedad individual, influye poderosamente en la manera de ser de la familia, según demuestra Bogisic en su interesante estudio sobre *La famille rurale chez les serbes et les croates*, inserto en el tomo XVI de la *Revue de Droit International et de Législation comparée*. No niega Bogisic la existencia de familias compuestas; pero discutiendo la propiedad de las denominaciones generalmente empleadas por jurisconsultos y publicistas, sostiene que no hay diferencia sustancial entre la *zadruga* y la *inokostina* (palabras que no existen en el lenguaje popular); pues, según él, la verdadera diferencia está en que la *zadruzna*, y no *zadruga*, recibe ese nombre del considerable número de trabajadores que la familia tiene, sin atender á que esté ó no compuesta de varios matrimonios; llamándose *inokosna* cuando tiene pocos trabajadores, esté compuesta de uno ó de varios matrimonios. Lo mismo *zadruzna* que *inokosna* son adjetivos á la palabra *kuca*, que significa *casa*.

Sumner Maine, por el contrario, y en nuestro concepto con razón, atribuye mayor importancia á que la familia sea ó no compuesta, sosteniendo que la familia rural en los países referidos es compuesta, por conservar todavía la propiedad el carácter de colectiva, y simple en la población urbana, donde la propiedad es individual. Esta distinción corresponde más exactamente á la índole de la familia primitiva en sus relaciones con la propiedad territorial, sin que por esto se pierda de vista que, en pueblos que atraviesan un período de transición, como la Servia y la Croacia, puede acontecer, y de seguro acontece, lo que Bogisic afirma resueltamente como testigo de mayor excepción. El estudio de Sumner Maine, titulado *South Slavonians and Rajpoots*, que publicó la Revista titulada *Nineteenth Century* (Diciembre de 1877), en cuanto á los hechos se refiere, está contradicho por Bogisic, celoso de reivindicar en primer

término el derecho del individuo, que no queda absorbido por la familia rural. En Servia y en Croacia, lo mismo que en algunos territorios de Prusia, de Baviera y de Zurich, existen familias compuestas, cuya variedad de instituciones, en lo relativo á la propiedad y al derecho de sucesión, denota que, distando mucho de aceptar como base la propiedad colectiva, subsiste algo en esas familias que recuerda su comunidad de origen. Y por la tenacidad con que se sostiene todo lo que encarna en las costumbres, ó se abstienen los legisladores de tocar á esas instituciones locales, ó fracasan en el propósito de reformarlas, cuando lo intentan sin perfecto conocimiento de los hechos.

***

Esta breve referencia al estado de la familia en muchos pueblos de origen aryo, tiene suma importancia para determinar el carácter de costumbres muy arraigadas en la familia rural asturiana. Rigen las leyes de Castilla; y allí donde en parte subsiste la propiedad colectiva del pueblo ó del lugar, la familia tiene su propiedad particular, que es divisible entre los herederos. Pero es raro el caso de que la familia deje de conservar su unidad, por voluntad de los padres, sin perjuicio de que formen nuevas familias los miembros que se disgregan.

La familia rural tiene especial empeño en conservar íntegra la casería que lleva en arrendamiento, ó el pequeño patrimonio del agricultor propietario. Los padres escogen entre los hijos al que más estiman ó al que mayor aptitud tiene para el trabajo del campo, á fin de que, al contraer matrimonio, quede con ellos en la misma casa, formando sociedad. Casi siempre otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales, fijando las bases de la sociedad familiar. Cuando nada se establece, constituyen sociedad con los recién casados sus padres ó el que de los dos sobreviva. No se constituye la sociedad entre los dos matrimonios, sino que marido y mujer, separadamente, entran á formar parte de la sociedad familiar; y si fallece cualquiera de ellos, sea uno de los padres ó de los hijos, se distribuyen las pérdidas ó las ganancias por cabezas, y no por matrimonios. Si el hijo casado, ó la nuera, quedan viudos, se practica una liquidación de la sociedad familiar, adjudicando á los herederos del que fallece la porción que les corresponda, sin perjuicio de continuar después la sociedad con el cónyuge sobreviviente, que desde entonces representa una tercera parte tan sólo, si los padres sobreviven, y la mitad, si el padre ó la madre con quien viviere fuesen viudos. Aunque la mujer tiene ó representa una parte en la sociedad familiar y adquiere para sí

la parte de utilidades que le corresponda, no sucede lo mismo si hubiese pérdidas, pues aunque para la liquidación figure la mujer como uno de los partícipes, sus bienes particulares quedan, por regla general, libres de todo menoscabo, afectando las pérdidas que hubiesen ocurrido en la sociedad, y correspondiesen á la mujer, únicamente al patrimonio del marido.

Cuando existe escritura de capitulaciones matrimoniales, á ella se atienen, como ley del contrato, para resolver todas las dificultades que ocurren. En defecto de escritura, se entiende que el nuevo matrimonio ó el marido y la mujer recién casados constituyen sociedad universal de pérdidas ó ganancias con los padres en cuya compañía viven.

Casi siempre es jefe de la sociedad familiar el padre, aunque indistintamente suelen ejercer actos de administración el padre y el hijo casado, siendo obligatorio para la sociedad lo que uno y otro hacen.

No pasa á ser colectiva la propiedad individual. La administran en común; y es verdaderamente colectiva la que adquieren durante la sociedad,—propiedad que dividen por partes iguales cuando, por fallecimiento de alguno de los consortes, se disuelve la sociedad familiar.

Lo ordinario es que en la escritura de capitulaciones matrimoniales, además de mejorar en el tercio y quinto [ahora en los dos tercios] al hijo que se casa y entra á formar sociedad con sus padres, se fije la cantidad que por vía de dote ha de entregar á cada una de las hermanas cuando se casen, con la obligación de sostenerlas en su compañía mientras vivan solteras. Los varones que permanecen solteros continúan en la casa paterna, cuando no emigran á Ultramar ó se trasladan al interior de España en busca de fortuna, y casi siempre con la esperanza de regresar á su país natal. Los gastos del viaje, la redención del servicio militar,—si la familia está en regular situación—los anticipos que los demás hijos ó hijas necesitan para que puedan crearse una situación independiente ó contraer matrimonio, constituyen de ordinario las cargas con que el hijo asociado á sus padres queda en el goce de la casa y de los bienes que cultiva.

Mientras el hijo soltero continúa viviendo con sus padres y con su hermano casado, trabaja en beneficio de la casa; pero, si las fuerzas le asisten, abandona el hogar paterno, para formar su peculio, que es, como dice Sumner Maine, el más poderoso disolvente de las sociedades primitivas. El peculio castrense entre los romanos fué la primera forma en que se manifestó la individualidad del hijo de familia. De igual manera hoy el montenegrino, sujeto todavía por fuertes lazos á la colectividad de la familia, adquiere para sí los despojos que en la guerra

conquista; y el indio constituye su peculio con lo que gana en lejanas tierras, siendo propiedad de la familia lo que en el seno de ella alcanza mediante su trabajo. Así también el asturiano, que allende los puertos va y constituye un peculio, lo constituye para sí; mientras que si permanece al lado de la sociedad familiar con sus padres y sus hermanos, no llega á constituir peculio con los productos de su trabajo.

Van perdiendo mucho de su pristino vigor estas costumbres, y suelen constituir peculio los hijos sin necesidad de traspasar la cordillera ó de trasladarse al Nuevo Nundo. En no lejanos tiempos era cosa corriente que el hijo de familia en Asturias, para formar un peculio con los productos de su trabajo, debía marchar á lejanas tierras: como el indio, por igual procedimiento, consigue adquirir un principio de individualidad dentro de la familia con su propiedad colectiva.

En lo antiguo, cuando se establecía un foro, solía figurar, entre otras condiciones, la de que no se dividieran los bienes, sujetando la transmisión del dominio útil á reglas que tenían mucho de semejante con la vinculación. No se fundaba un mayorazgo: se pactaba la indivisibilidad del foro, con el objeto de que el cultivo de los bienes que lo constituían fuera permanentemente núcleo ó base de una familia. Era, por tanto, uno de los hijos el que contraía matrimonio, entrando á formar sociedad familiar con sus padres, el sucesor único en los bienes forales, con la obligación de auxiliar á sus hermanos y dotar á las hermanas. La pensión foral era y es indivisible, gravando en totalidad cada una de las fincas del foro. El señor del dominio directo tiene el derecho, de que usa siempre, cuando los bienes están divididos entre varios cultivadores ó poseedores, de nombrar uno, que lleva el nombre de *cabezalero*, y está obligado á pagar la totalidad de la pensión, cuyo reintegro exige de los copartícipes, según el prorrateo que al efecto se hace.

Es el foro en la esencia una verdadera enfiteusis. La condición del cultivador, como que es condueño, supera indudablemente á la del arrendatario. Es la situación del forero idéntica en cierto modo á la del arrendatario irlandés en los actuales tiempos, ó sea después de las reformas hechas por Gladstone; y aun más ventajosa, porque, merced á la influencia de la costumbre, es realmente considerado como dueño, viniendo á ser la pensión enfitéutica un verdadero gravamen, que, en interés de la agricultura, debe ser redimible como los demás censos. En la actualidad, y según el derecho consuetudinario, es irredimible.

Lo que tiene de importante el foro, relativamente á la institución de la familia, se limita á que, en su origen, fué como

la formación de un grupo agrario, que daba gran consistencia á la unidad de la familia. El foro, que nació de la necesidad de ofrecer estímulos al trabajo para el cultivo de los campos, se completaba con las ventajas de la sociedad familiar, que, sin desatender los derechos de cada uno de los hijos, tendía á conservar unido el grupo de bienes que se consideraba necesario para el sostenimiento de la familia. Estos fines se consiguen hoy sin necesidad de que el foro subsista, pues la costumbre impone grandes respetos al propietario, en cuanto á la disposición de los bienes dados en arrendamiento, que el colono transmite casi siempre, por medio de la escritura de capitulaciones matrimoniales, al hijo con quien forma sociedad, ó, como vulgarmente se dice, al *casado en casa*.

La autoridad del padre, en el seno de la familia rural, es indiscutible; raya en los límites de la veneración. Su responsabilidad, en cambio, es inmensa. En algunas Ordenanzas municipales, que constituyen todavía la base de la vida local, se dice del padre que es responsable de los daños hechos *por sus súbditos y dependientes*. Es una verdad gravada en el sentimiento popular que, contra la autoridad bien ejercida del jefe de la familia, no pueden faltar la mujer ni los hijos; por cuya razón, cuando ellos causan un daño ó cometen una falta en perjuicio de tercero, sin vacilación se declara que la responsabilidad es del padre, en quien está concentrada toda la autoridad dentro de la familia.

A tal punto llevó la autoridad del jefe de la familia el fuero de Llanes, redactado en el siglo XII, y aplicado á varios concejos de Asturias, que le declaraba exento de responsabilidad criminal cuando ocasionaba la muerte de su mujer ó de alguno de los hijos por efecto de los castigos que aplicaba en la corrección de las faltas cometidas.

Ante la dureza del marido y la crueldad del padre, que llegan á tales extremos, la autoridad pública no puede mostrarse indiferente, aun dentro del hogar doméstico. El domicilio es verdaderamente inviolable, lugar sagrado donde impera la autoridad del padre; pero esa autoridad está limitada por el derecho de las personas subordinadas en el orden doméstico al jefe de la familia. No recuerdo la impunidad otorgada en el fuero de Llanes al padre cruel, como un mérito de la legislación de aquellos tiempos, sino en comprobación de que la autoridad del padre fué siempre muy respetada en los concejos de Asturias. Si la historia manchase sus páginas con hechos de barbarie cometidos por el padre en la persona de su mujer ó de alguno de sus hijos, el hecho serviría para condenar la dureza de las costumbres. Afortunadamente, las del pueblo asturiano no se distinguen por su crueldad, y cabe recordar las dispo-

siciones contenidas en el fuero de Llanes como demostración de que, ante la autoridad del padre en el seno de la familia, inclinaban su frente los delegados de los Poderes públicos.

La autoridad del padre, mejor definida en las modernas leyes que en el fuero de Llanes, no está rodeada de menores respetos y prestigio que en pasados tiempos. Es lazo de estrecha unión entre los miembros que componen la familia asturiana.

La mujer en la familia rural ocupa, por el derecho consuetudinario, una posición, que en nada desdice del progreso de los tiempos. Sin embargo de estar bajo la potestad del marido, entra á formar parte de la sociedad familiar, como persona que goza de la plenitud de sus derechos. En las faenas del campo y en las labores domésticas da muestra diariamente de todo lo que puede y vale; y de ahí el que sea el consejo de la mujer en el seno de la familia siempre muy atendible. La opinión de la mujer tiene gran peso en el ánimo del marido. Si aquélla no impera por su voluntad, puede asegurarse que moralmente tiene una parte muy principal en las resoluciones que la sociedad familiar adopta. El hecho de figurar la mujer casada en el número de los miembros que constituyen la familia compuesta, ó sociedad formada por los individuos de dos matrimonios, con iguales derechos que el hombre en lo relativo á pérdidas y ganancias, es como una prueba de que su situación es la que dignamente corresponde á la mujer en el seno de la familia.

MANUEL PEDREGAL Y CAÑEDO.

Veladas, noviazgos, etc.

«Los *filandones* [en Asturias] son unas reuniones de las jóvenes de uno mismo ó de diferentes pueblos en la casa de un vecino, con el objeto de pasar cierta parte de la noche hilando; y por el gasto de la luz que tienen los dueños de la casa, es condición precisa que las jóvenes concurrentes hilen para ellos un día de la semana. Hasta aquí nada tiene de reprensible semejante reunión, antes por el contrario, aparece laudable, porque proporciona á las jóvenes un rato de solaz, sin desatender por eso el trabajo; pero la parte peligrosa de los filandones está en que asisten á ellos también los jóvenes, permitiéndose libertades que no dejan de ofender á la moral...»

«Las *esfoyazas* son otras reuniones de los jóvenes de ambos

sexos con el objeto de deshojar las piñas de maíz, y en ellas se cometen iguales excesos, y aun mayores, que en los filandones, estando prohibidas unas y otros, aunque en vano, por las Sinodales del Obispado, entre las cuales, la del título III está formulada en estos términos: «Y porque en algunas partes de »este nuestro Obispado hay la mala y perniciosa costumbre de »juntarse por las noches en casas particulares mozos y mozas, »á lo que llaman filandones, fogueras y otros semejantes, de »que se siguen muchos perjuicios y pecados, que hemos pro»curado evitar con nuestros edictos y providencias dadas al »efecto, y que la han tenido en parte; por tanto, prohibimos »generalmente dichas juntas y filandones, y mandamos á nues»tros curas que no los permitan en sus parroquias...»

«...A estas reuniones [mercados, ferias y romerías; veladas de filandones y esfoyazas], asisten, por lo general, siempre las jóvenes sin persona de la familia que vigile su conducta, y las acompaña siempre el joven que, entre los demás, ha llegado á obtener su preferencia, cruzando solos de día, y especialmente de noche, montes y despoblados, hasta llegar á las casas de aquéllas; allí los padres les reciben con agrado y se recogen con la mayor tranquilidad, dejando á sus hijas con los amantes, como se dice vulgarmente en este país, *cortejando*, hasta que se ven en el horizonte los primeros albores del venidero día. El inminente y gravísimo peligro en que los padres, por este abandono é imprudente confianza, colocan á sus hijas, es evidente y no necesita demostrarse...»

MATÍAS SANGRADOR Y VITORES (*Historia de la administración de justicia y del antiguo gobierno del Principado de Asturias* y *Colección de sus Fueros, Cartas-pueblas y antiguas Ordenanzas;* apud *Biblioteca Histórica Asturiana*, tomo III, Oviedo, 1866, págs. 322-323.)

LEGISLACIÓN DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES

1.ª *Antecedentes históricos del Impuesto de derechos reales en España.*

El Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, que, como es sabido, grava la riqueza ó más bien el capital en el momento de realizarse ciertas manifestaciones de la misma, carácter que le distingue de otros tributos, que, como la contribución territorial é industrial, gravan la riqueza ó más bien la renta ó la utilidad de una manera permanente, tiene en todas las naciones un origen que se confunde indudablemente con el origen de la riqueza ó del capital en un cierto grado de desarrollo. A pesar de esto, es difícil, por falta de datos, precisar con exactitud el momento de su nacimiento en España, teniendo que limitarnos á señalar sus orígenes de una manera vaga é indeterminada.

Esto no obstante, es opinión general, siguiendo la de un ilustrado Catedrático (1), que puede señalarse como origen del Impuesto sobre la transmisión de bienes, el derecho de una *vigésima* sobre las adquisiciones de herencias y legados, establecido en tiempo del Emperador Augusto, aparte de otros gravámenes sobre las transacciones de la propiedad inmueble.

En la época feudal se concedieron á los señores por algunos fueros municipales, ciertos derechos sobre las sucesiones testadas é intestadas, como eran la *mañería* y *minción* ó *luctuosa*, prestaciones que gravaban las herencias, consistentes, la primera, en la facultad de adquirir algunos bienes de los que morían sin sucesión legítima, y se imponía á los que no tenían hijos por permitirles hacer uso del derecho de testar; y la segunda, en una prestación por la cual el vasallo debía dejar al señor la mejor cabeza del ganado ó cierta cantidad en dinero.

Pero estos medios de imposición, que en cierto modo pueden confundirse con el origen de otra clase de impuestos, no adquirieron una forma clara dentro de los principios del Impuesto de derechos reales hasta que se regularizó debidamente la exacción de *la alcabala*.

Consistía éste en un impuesto sobre la venta y trueque ó permuta de todas las cosas muebles, inmuebles y semovientes, siendo la primera disposición legal en que se menciona el Fuero de Villafría, otorgado por Fernando I en 17 de Enero de 1079, y la primera disposición que se conoce

(1) El Sr. Piernas y Hurtado.

con carácter general relativa á la misma, las reglas para los recaudadores de alcabalas que en 1451 dictó D. Juan II, hallándose en Valladolid.

En un principio no se estableció como contribución permanente, sino como recurso extraordinario concedido en distintas épocas para atender á necesidades especiales del Estado. Las Cortes de Burgos la concedieron en 1341, á petición de D. Alfonso II, para atender á los gastos del sitio de Algeciras; las Cortes de Alcalá, en 1345, la prorrogaron por seis años para mantener los castillos de la frontera, y en otras Cortes celebradas en la misma ciudad en 1349, se otorgó también para los gastos del sitio de Gibraltar, llegando en las de Madrid, de 1393, á concederse con más generalidad por las grandes necesidades del Estado, dando lugar á que paulatinamente se convirtiese en una contribución ordinaria y constante, cuyo cobro fué regularizado por los Reyes Católicos D. Fernando y Doña Isabel, dictando leyes diversas, y se publicaron juntas por iniciativa de la Reina, con el nombre de *Cuaderno de alcabalas*, el 10 de Diciembre de 1491.

La cuantía de la alcabala era en aquellos tiempos la décima parte de lo que importase el valor de la cosa vendida ó permutada, que se exigía sin excepción á los vendedores; pero después sufrió variaciones, en parte debidas á la forma adoptada para su cobro, que solía ser la de encabezamientos, y otras veces á la importancia de las necesidades del Erario.

En el expresado Cuaderno, compuesto de 146 leyes, se fijaba la extensión del gravamen; establecía la publicidad de la contratación, ordenándose que la alcabala de los bienes muebles y semovientes se pagase donde se celebraba el contrato, y la de los inmuebles donde éstos radicasen; que todas las ventas y permutas se otorgasen ante los Escribanos, que debían pasar copias de los contratos á los recaudadores de alcabalas.

Las medidas que fué preciso adoptar para hacer efectiva la exacción del tributo dieron lugar á quejas de los pueblos, originadas por la codicia de los recaudadores y alcabaleros, y más adelante vino á hacerse la alcabala más onerosa é insoportable cuando á la misma se agregaron nuevos derechos, conocidos con la denominación de *cientos* ó *cuatro unos*, que formaban parte del servicio llamado de *millones*, recursos que hizo necesarios el estado de penuria del Erario público.

Así, en el año 1623, se estableció el *uno* por ciento sobre todo lo que se vendiese, ya estuviera sujeto á alcabala ó no; en el año 1639, y con motivo de la escritura del servicio de nueve millones en plata, se agregó al anterior otro *uno* por ciento sobre las ventas y permutas; en 1656 se recargó un tercer *uno* por ciento, y por Real decreto de 15 de Noviembre de 1663 se concedió un cuarto *uno* por ciento sobre las cosas que devengaran alcabalas, para atender al desempeño de la Real Hacienda.

La alcabala se dividió en dos clases: alcabala del viento y alcabala fija; era la primera la que pagaban los forasteros por las ventas y cambios en el mercado en que se cobraba, y la segunda que consistía en un derecho menor, que satisfacían los vecinos de cada pueblo por las transacciones que entre sí realizaban.

Es de advertir que, fuera de los tiempos de la dominación romana, e que el impuesto de la *vigésima* afectaba á las sucesiones hereditarias, los de la Edad Media, en la que llegó á tener el carácter de verdadera co fiscación, pues reconoció el derecho denominado *albana* ó *albanagio*, qu consistía en heredar el Monarca todos los bienes radicantes en España qu pertenecían á los extranjeros y de los cuales no se les permitía dispon por testamento en favor de sus parientes, la alcabala afectó siempre á l

contratos, pero no á las herencias, y hubo épocas, como la del reinado de los Reyes Católicos, en que estuvieron exentas de ella las ventas de muchos artículos.

La primera disposición que estableció el impuesto sobre las herencias y legados fué la Real cédula de 19 de Septiembre de 1798, dictada para arbitrar recursos con que la Caja de amortización pudiera atender á la extinción de los préstamos que había hecho necesarios la guerra con la Gran Bretaña.

Según dicha disposición, el impuesto gravaba las sucesiones, tanto libres como de bienes vinculados, y los fideicomisos entre cónyuges, colaterales y extraños, con una cuota progresiva, en relación con el grado de parentesco que oscilaba desde ¾ por 100, asignado á la sucesión entre cónyuges, al 6 por 100 que devengaban los extraños, cuyo tipo de gravamen quedaba reducido á la mitad en las adquisiciones de bienes muebles. Aquella disposición, que bien puede decirse que vino á echar los cimientos del impuesto que hoy existe, y en la cual se dictaban reglas para la valoración de los bienes transmitidos, y se establecían penas para los defraudadores, privando además á los adquirentes del goce de la herencia y del derecho de ejercitar toda acción de dominio ante los Tribunales, mientras no justificaran el pago á la Real Hacienda de los derechos que la correspondían, ofrece la particularidad de que, no sólo sometía á la tributación la transmisión de dominio, sino también la de los censos y otros derechos reales, como el usufructo, si bien la cuota que por éste se satisfacía era menor que en los demás casos, pues consistía en la mitad, tercera, cuarta y octava parte de la renta de un año.

Por Real cédula de 22 de Diciembre de 1799 se modificó la legislación de este tributo, convirtiéndose de gradual en fijo: del 2 por 100 para las sucesiones transversales; de la tercera parte de la renta de un año en los usufructos, fideicomisos y vinculaciones, y de la mitad de dichos tipos para las sucesiones entre cónyuges, autorizando además á los interesados para hacer la declaración jurada de bienes ó inventarios, por medio de documento privado, á los Intendentes ó Comisionados encargados de recaudar el impuesto, así como para convenir con éstos en el pago de una cantidad alzada, cuando por interés del comercio ú otras razones graves no conviniera á los herederos hacer las declaraciones judiciales ó extrajudiciales de bienes.

Por la cédula de 24 de Noviembre de 1800 se alteraron notablemente las bases establecidas en la de 22 de Diciembre de 1799, volviéndose á lo dispuesto anteriormente, pues la cuota fija se sustituyó en herencias y legados por la variable, que oscilaba del 1 al 4 por 100, guardando cierta proporcionalidad, que pudiera llamarse progresiva, con la cuantía del caudal hereditario, pues la sucesión entre extraños pagaba el 2 por 100 cuando la herencia no excedía de 11.000 reales, y el 4 cuando era de mayor cuantía.

Por decreto de las Cortes de 13 de Septiembre de 1813, confirmatorio del de la Junta Central, fecha 30 de Noviembre de 1808, fué suprimido impuesto sobre las herencias y legados; pero restituído á España el ey D. Fernando VII, le restableció por decreto de 31 de Agosto de 1815 Instrucción de 9 de Octubre siguiente, retrotrayéndose el impuesto á antigua legislación anterior á la Real cédula de 22 de Diciembre 1799.

Este estado de cosas sufrió no pocas modificaciones por la supresión las llamadas Rentas provinciales en 30 de Mayo de 1817, y por la reac-

ción que se operó por decreto de la Regencia de 9 de Junio de 1823, en el que declarándose nulo todo lo legislado en todos los ramos de la Administración durante el período que se llamó revolucionario, se restableció lo que regía relativo al impuesto antes de la citada fecha de 30 de Mayo de 1817.

Las nuevas y mayores necesidades del Erario dieron lugar á la necesidad de ampliar la legislación en esta materia, y así se dió lugar á la publicación de tres decretos de la misma fecha, 31 de Diciembre de 1829, por los que se modificó notablemente la manera de ser del impuesto, asentándolo sobre bases más fijas y científicas que guardan cierta analogía con las que en la actualidad rigen. Por uno se disponía que adeudasen el 4 por 100, en concepto de alcabala, las ventas de fincas en las capitales y puertos habilitados sujetos al derecho de puertas; por otro se estableció, con la denominación de derecho de hipotecas, un impuesto de ½ por 100 sobre las ventas, cambios, donaciones y contratos de todas clases por los que se realizaba traslación de dominio, directo ó indirecto, de bienes inmuebles, y por el último se establecía una imposición gradual sobre las sucesiones de vínculos y mayorazgos y sobre la de bienes libres por donación ó herencia entre ascendientes y descendientes naturales, estén ó no declarados legalmente como tales; señálanse diversos tipos, según que la sucesión se verifique mediante testamento ó abintestato, previniendo para este último caso que, si el causante carece de descendientes dentro del cuarto grado, entre á heredar la Real Hacienda; y por último, se declararon exceptuadas del impuesto las donaciones *propter nuptias*, y se dispuso que, para fijar el grado de parentesco, se atendería siempre al establecido por la ley civil ó de consanguinidad.

La ley de Presupuestos de 26 de Mayo de 1835 restableció los preceptos de la Real cédula de 24 de Noviembre de 1800, derogando el Real decreto de 31 de Diciembre de 1829 y todas las disposiciones posteriores á ella, retrotrayendo la legalidad la Real cédula de 24 de Noviembre de 1800, rigiendo, por consiguiente, hasta la reforma tributaria de 1845, la alcabala y sus adherentes los cuatro unos y las incompletas disposiciones sobre herencias y legados, siendo la administración del impuesto desacertadísima.

La importante reforma tributaria planteada por D. Alejandro Mon en 1845, vino á remediar este estado de cosas, fijándose en la ley de 23 de Mayo de dicho año las verdaderas y científicas bases del impuesto de transmisión de bienes ó de hipotecas, como entonces se llamó, confiando su cobranza á los Contadores de Hipotecas, á cuyos funcionarios se imponía el deber de llevar un registro, en el que, y bajo pena de nulidad del acto, había de tomarse razón de todos los documentos, ya públicos, ya privados, sujetos ó no al impuesto, que contuvieran actos traslativos de dominio, ó constitución y extinción de gravámenes sobre la propiedad inmueble.

Fueron materia de tributación en orden á la transmisión por contrato, las adjudicaciones en pago de deudas, compraventas, y permutas, que satisfacían el 3 por 100; las donaciones intervivos, que pagaban los mism derechos que los legados, excepto los *propter nuptias*, que devengar el ½ por 100; la constitución y extinción de censos el 2; las pension que se les impuso el 2, el 1 y el ½ por 100 según el tiempo de duraci de las mismas; las retrocesiones ó retroventas, que devengaban el por 100, y los arriendos y subarriendos, que satisfacían el ½ por 100 una anualidad, con deducción de la sexta parte en las fincas urbanas

concepto de huecos y reparos. En las transmisiones por título hereditario, las herencias pagaban con arreglo á una escala gradual, según el parentesco, desde el 1 por 100, que correspondía á los hijos naturales legalmente declarados, cónyuges ó colaterales en segundo grado, hasta el 8, que satisfacían los parientes de grados más distantes que el cuarto y los extraños; los legados, el 4 y el 8 solamente, según que estuvieran ó no dentro del cuarto grado; los fideicomisos y sustituciones, el 2 por 100, y la adquisición en usufructo, la cuarta parte del tipo establecido para los legados en propiedad.

Obsérvase que no quedaron sujetas al pago las transmisiones de bienes muebles y además se consignó la exención expresa de las herencias en línea directa, y de las adquisiciones que se hicieran á nombre del Estado; fijáronse plazos cortos para la presentación de documentos; penas para los que dentro de aquéllos no cumpliesen con aquel deber, y estableciéronse reglas para la determinación de la base ó capital liquidable, previa deducción de cargas.

El Real decreto de 11 de Junio de 1847 introdujo notables modificaciones, pues además de declarar la exención de pago á favor de las pensiones alimenticias y de reducir el tipo, en las ventas y permutas, al 2 por 100, y en los arrendamientos al $^{1}/_{10}$ de real por 100 sobre el precio total del contrato en los hechos con limitación de tiempo y á las $^{2}/_{10}$ de real por 100 de la renta de un año en los de tiempo ilimitado, alteró la escala en las herencias, reduciendo al $\frac{1}{2}$ por 100 el impuesto que debían satisfacer los hijos naturales legalmente declarados y los cónyuges.

Completada la obra de la desvinculación civil y habiendo adquirido por consecuencia los bienes dotales de vínculos, mayorazgos, patronatos y capellanías el carácter de libres por mitad en los actuales poseedores é inmediatos sucesores, no existía ya razón alguna para que su transmisión se sustrajera al pago del impuesto, y en su consecuencia, la Real orden-circular de 29 de Octubre de 1847 lo declaró así, sujetándolas á las reglas y disposiciones comunes.

El Real decreto de 26 de Noviembre de 1852 introdujo también en la legislación de este impuesto notables modificaciones, tales como la de derogar la exención concedida á los usufructos, conocidos en Aragón con el nombre de viudedad; la supresión del derecho impuesto sobre los arriendos y subarriendos; el establecimiento de una cuota fija de 2 por 100 en las sucesiones vinculares y la modificación de la escala de tipos aplicables á las herencias y legados, en el sentido de beneficiar las adquisiciones en favor de los cónyuges, hijos naturales y colaterales de grados más próximos. Se determinó también qué cargas habían de ser deducidas en las transmisiones á título oneroso para fijar el verdadero capital liquidable, declarando que eran aquellas que por su carácter permanente disminuían el valor real y efectivo de los bienes transmitidos, no pudiendo, por lo tanto, estimarse como tales, las hipotecas y fianzas; pero sí los censos y demás cargas de naturaleza perpetua.

Estableció que en las transmisiones á título lucrativo eran deducibles las pensiones alimenticias afectas á determinadas fincas, cuyo capital, caso de no estar definido, se obtendría mediante la capitalización al 3 por 100; pero previniendo que al cesar la obligación de satisfacer las pensiones, pagara el adquirente de los bienes el impuesto correspondiente al capital que antes se le dedujera. Modificó, ampliándolos, los plazos señalados para la presentación de documentos, elevando al duplo de los derechos las multas en que incurrían los que no los presentaban dentro de

aquéllos, y estableciendo otra multa de cuatro maravedises por cada real para los que, aun habiendo presentado en tiempo los documentos, no pagaran el impuesto liquidado dentro del plazo al efecto establecido; responsabilidad esta última que era exigible á los Registradores cuando la demora en el pago fuere ocasionada por la negligencia de aquellos funcionarios en liquidar el impuesto. Por último, en dicho Real decreto se determinó que el procedimiento para la exacción del impuesto y de las multas sería puramente administrativo, siguiéndose por la vía de apremio; se concedió á los denunciadores una tercera parte en las multas y se señalaron diversas penas á los Jueces y Escribanos que no facilitaran á los Registradores las relaciones periódicas de los documentos en que intervenían.

La reforma hipotecaria realizada en 1.° de Enero de 1863 vino á operar una transformación importante en cuanto á la organización del impuesto, pues las funciones propias de la liquidación, unidas hasta entonces á la inscripción en el Registro, y encomendadas, por tanto, á los Registradores de hipotecas, se separaron por completo, encargándolas á funcionarios distintos; siquiera andando el tiempo, como se verá después, hayan venido de nuevo á confundirse en uno solo, que ostenta el doble carácter de Liquidador del impuesto y Registrador de la propiedad, dependiente en un concepto del Ministerio de Hacienda, y en el otro de Gracia y Justicia.

Por el art. 8.° de la ley de Presupuestos de 25 de Junio de 1864, se ampliaron las bases del impuesto, sujetando al impuesto de hipotecas la transmisión por herencia y legado de los bienes muebles y semovientes, gravándola con la mitad del tipo establecido para los inmuebles, y declarando, además, exentas las del mobiliario, ropas y alhajas de uso particular. Modificó la escala de derechos establecidos para las sucesiones hereditarias, elevando al 10 por 100 el tipo para la sucesión entre extraños, y estableció una nueva exención en favor de las permutas de fincas rústicas enclavadas dentro del mismo término jurisdiccional.

La ley de Presupuestos de 29 de Junio de 1867 hizo extensivo aquél á las sucesiones en línea directa, ó sea entre ascendientes y descendientes, gravándolas con el 1 por 100; publicóse una tarifa comprensiva de todos los tipos de pago en una escala más graduada y completa; se declaró obligatoria la presentación de todos los documentos á las oficinas liquidadoras, aunque contuvieran actos no sujetos ó exentos del impuesto, y dictáronse, por último, nuevas disposiciones para la administración y recaudación de aquel tributo.

Por Real decreto de 29 de Julio de 1869 se declararon sucesivamente exentas del impuesto las sucesiones directas y también las aportaciones de edificios y artefactos que se verificaran para la constitución de Sociedades de crédito, así como las adjudicaciones de aquellos bienes á los mismos socios que los aportaron en caso de disolución. En esa misma disposición se estableció que las adquisiciones por título hereditario se entendieran realizadas de derecho el día mismo en que se abriera la sucesión por fallecimiento del causante, y se ampliaron los plazos de presentación de documentos, y se dictaron reglas en cuanto al tiempo y modo de exigir el impuesto, cuando sobre la validez y eficacia de los actos sujetos al mismo se promoviera litigio.

Así continuaron las cosas, hasta que la ley de Presupuestos de 26 de Diciembre de 1872 vino á modificar de una manera esencial las bases del impuesto, cambiando su denominación por la de Impuesto sobre derechos

reales y transmisión de bienes. Conforme á la base primera, contribuirán: 1.°, las traslaciones de dominio de bienes inmuebles y las de derechos reales sobre los mismos; 2.°, la constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de derechos reales afectos á los bienes inmuebles; 3.°, las transmisiones de dominio de bienes muebles que se verifiquen por causa de muerte; 4.°, las de igual naturaleza que se efectúen por consecuencia de actos judiciales ó administrativos, ó en virtud de contratos no hipotecarios otorgados ante Escribano.

Por consecuencia del mayor desarrollo que el impuesto adquiría con arreglo á lo prevenido en dicha base, se declararon sujetos al mismo: la constitución y extinción de la hipoteca, y otros derechos reales, como el de uso y habitación, y las servidumbres de naturaleza real, si bien con la importante diferencia de que mientras los últimos habían de satisfacer el 3 por 100, equiparándolos á los inmuebles, la hipoteca sólo devengaría el 1 por 100; la transmisión de bienes y derechos de todas clases que se aportaran á toda clase de sociedades, excepto la conyugal, y las adjudicaciones que de todo ó parte del haber social se hicieran á los socios al disolverse aquéllas; los arrendamientos de bienes inmuebles por seis ó más años; los en que se anticiparan tres ó más anualidades, y cualesquiera otros que por voluntad de las partes hubieran de inscribirse en el Registro de la propiedad; la constitución, modificación y extinción de pensiones; las transmisiones por contrato ante Notario de bienes muebles, semovientes, efectos públicos ó comerciales, y los préstamos sobre bienes inmuebles, que hasta entonces habían figurado en las tarifas de la contribución industrial.

Estableciéronse reglas para determinar el valor de los derechos y servidumbres reales, asignando á los primeros el 25 por 100 del valor de los bienes sobre que se constituían, y el 5 por 100 á las segundas. Modificáronse las escalas de tributación para las herencias y legados, volviendo á sujetar al impuesto con el 1 por 100 las sucesiones entre ascendientes y descendientes, y señalando el 10 por 100 para las herencias y legados en favor del alma del testador. Declaróse la exención en favor de las hipotecas constituídas para garantir la administración y recaudación de los fondos y valores de la Hacienda pública y de la extinción de aquel derecho, por refundirse la propiedad del inmueble gravado en el acreedor hipotecario, de las permutas de fincas rústicas, cuya cabida no excediera de tres hectáreas: de la extinción legal de las servidumbres personales y reales y de arrendamiento; de los actos y contratos otorgados en favor del Estado, de los establecimientos de Beneficencia sostenidos con fondos de aquél, y de los de Instrucción pública en todas sus clases y grados; de las primeras enajenaciones y sucesiones directas de las colonias agrícolas y poblaciones rurales; de las adquisiciones directas del Estado; de los bienes enajenados por virtud de las leyes desamortizadoras, y las redenciones de censos y cargas eclesiásticas; de la transmisión de edificios construídos en la zona de ensanche; y, por último, se confirmaron también las concedidas por las leyes de 3 de Junio de 1855 y 3 de Agosto de 1866 en favor de los ferrocarriles y canales de riego.

Se redujo la cuantía de las multas en que incurrían los contribuyentes morosos en la presentación de documentos; se declaró el derecho de la Administración á obligar por medio de apremio á presentar dichos documentos ó declaraciones de valores cuando hubiere terminado el plazo legal para verificarlo, así como también el de comprobar por medio de tasación pericial la exactitud de los valores declarados por los contribu-

yentes; y, por último, se prohibió hacer alteraciones en los amillaramientos de la riqueza inmueble sin que se justificara el pago del impuesto.

En este estado, la legislación todavía sufrió una reforma importante por la ley de Presupuestos de 4 de Agosto de 1873, en que se derogó el impuesto en las herencias directas, restablecido después por la ley de 26 de Junio de 1874, dando lugar estas alternativas á que se dictase el Real decreto de 6 de Noviembre de 1875, que precisó la aplicación de tan contradictorias disposiciones.

Aun sufrió la legislación nuevas modificaciones por la ley de 24 de Julio de 1876, en favor de los templos destinados al culto de la Religión católica, apostólica romana, de las adquisiciones para el ensanche de las vías públicas y de la constitución y cancelación de las hipotecas, consignándose terminantemente el precepto fundamental de que en ningún caso se exigirá el impuesto por otros tipos de liquidación que los señalados por las tarifas vigentes en la fecha del otorgamiento de los respectivos actos y contratos, ó en la que se hubiesen abierto las respectivas sucesiones, con lo cual implícitamente se declararon vigentes los tipos establecidos en las tarifas publicadas desde el año 1845. Todos estos principios fueron recogidos y consignados metódicamente, mejorándolos y perfeccionándolos considerablemente en la importantísima reforma contenida en la ley y reglamento de 31 de Diciembre de 1881, en la que señalan como principales modificaciones la supresión de toda clase de exenciones del impuesto que no fuese la concedida á favor del Estado; el señalamiento de un tipo de 0,10 por 100, ó sea de 1 por 1.000, para todos aquellos actos y contratos que antes estaban exentos, que se detallan en el artículo 28 del reglamento citado, y la regularización de los preceptos relativos á la comprobación de los valores declarados, á fin de fijar los que han de servir de base para la liquidación del impuesto, señalando los plazos en que han de verificarse las operaciones al efecto y unificando en una las dos escalas de herencias y legados; ordenó la creación de las Oficinas liquidadoras en los puntos en que hubiese Registros de la propiedad, que habían de estar á cargo de un Cuerpo de liquidadores que no llegó á crearse, continuando como antes esta función á cargo de los respectivos Registradores y de los antiguos Contadores de hipotecas, en los puntos en que estuviesen subsistentes; y finalmente, reconoció la exención del impuesto en cuanto á los bienes sitos en las Provincias Vascongadas y Navarra, que satisfacen este impuesto por medio de encabezamiento, en la forma que determinan disposiciones especiales.

Esta legislación fué después modificada en virtud de la ley de bases de 30 de Junio de 1892, ampliando la esfera de acción del impuesto á los contratos de transmisión de efectos públicos, valores industriales ó mercantiles, y mercaderías en que interviniesen los Agentes de Comercio, á los que el Código mercantil atribuye carácter notarial, y las transmisiones por endoso de acciones de minas; á las anotaciones de embargo que no sean consecuencia de persecución de hipoteca, y á los de secuestro y prohibición de enajenar que se ordenen practicar en el Registro de la propiedad, y las fianzas judiciales y administrativas; á los contratos de ejecución de obras que excedan de 1.000 pesetas; á la constitución de pensiones de los Montepíos de Notarios, gratificaciones, pensiones, jubilaciones y orfandades que los Bancos y Compañías otorguen á sus empleados ó sus familias, siempre que excedan de 1.500 pesetas, y á todos los documentos privados de cualquier clase en los que convenga dar autenticidad á la fecha con arreglo á los preceptos del Código civil.

Por la misma ley se modificó la tarifa relativa á herencias y legados en armonía con las disposiciones del mismo Código civil, estableciendo que el usufructo concedido al cónyuge viudo pagase el 1 por 100 sobre la cuarta parte del valor de los bienes, beneficiando las herencias á favor del alma del mismo que testa con el tipo del 8 por 100, en vez del 12 que pagaba antes; elevando al 2 por 100 el tipo por la transmisión de bienes muebles en virtud de contrato, acto judicial ó administrativo, que antes pagaba el uno; favoreciendo las adquisiciones á favor de establecimientos de Beneficencia de carácter privado y los legados en favor de la construcción y reparación de templos de la Religión católica, apostólica, romana. Es de notar como novedad importante la unificación de tarifas, intentada por esta ley, reduciendo considerablemente el número de conceptos que figuraban en la que regía anteriormente, y lo que era de más trascendencia, sujetando á la misma todas las transmisiones que se presentasen á liquidar, pasado un plazo de seis meses, que se fijó en los artículos adicionales á dicha ley, cualquiera que fuese la fecha de los respectivos actos y contratos.

Principio tan radical no podía menos de originar cierta resistencia en la práctica, y bien pronto fué abrogado por el Real decreto de 23 de Agosto de 1893, que restableció la aplicación en cada caso de las tarifas vigentes en la época en que se realizaron los respectivos actos ó contratos, extendiéndose la aplicación de la nueva tarifa que se redactó á las adquisiciones anteriores á 1845, que antes se liquidaban en concepto de contribuciones extinguidas y no figuraban en los valores del impuesto de Derechos reales.

En el citado Real decreto, y por consecuencia de la ley de Presupuestos de 5 de Agosto del mismo año, se derogó la disposición de la ley de 30 de Junio de 1892, que aplazaba el pago del impuesto devengado por las adquisiciones de la nuda propiedad por título hereditario, salvo el caso de que el heredero nudo propietario fuese incierto, se estableció el pago del 3 por 100 sobre los beneficios que sobre las primas pagadas se obtengan al abonar el importe de las pólizas de seguros sobre la vida, aparte del impuesto que corresponde por la herencia; se hizo extensivo el impuesto á los bienes raices y muebles existentes en las provincias de Ultramar, señalándose derechos dobles para los muebles que estuviesen en el extranjero, y se derogó la regla señalada con la letra E de la base primera de dicha ley, que sujetó al impuesto la transmisión de efectos públicos y valores industriales ó mercantiles, realizada con la intervención de los Agentes de Comercio que cita, quedando subsistente tan sólo en cuanto á la transmisión por endoso de acciones de Sociedades mineras.

Después de expuestas estas reformas, sólo nos resta hacernos cargo de la contenida en el art. 44 de la ley de Presupuestos de 1895, que derogó la exacción del 3 por 100 sobre los beneficios de los perceptores del impuesto de las pólizas de seguros y los preceptos de la ley de 18 de Marzo del mismo año sobre saneamiento y ensanche interior de las poblaciones, que en su art. 14 declaró exentas del impuesto las adquisiciones de fincas que se hagan con dicho objeto y las primeras enajenaciones de solares que resulten, para dar por terminada la contestación á la pregunta del Programa, toda vez que la exposición de la legislación hoy vigente es objeto de pregunta distinta.

2.ª *Naturaleza económica del impuesto, y actos y contratos sujetos á él.—Responsabilidad de los bienes al pago del mismo.*

El Estado, persona humana, con necesidades materiales que ha de satisfacer para cumplimiento de sus fines múltiples y perentorios, por necesidad de su naturaleza, que le impide producirlos directamente, ha de acudir para procurarse los medios necesarios, á su exacción, en forma obligatoria, del caudal de los ciudadanos. He aquí el origen del *impuesto*, institución *económico-jurídica* que, mediante la obligación recíproca del Estado y los individuos, proporciona á aquél los medios materiales que precisa.

Prescindiendo de la mayor ó menor propiedad que puede atribuirse á las palabras *impuesto*, *contribución*, *tributo*, etc., es lo cierto que, casi como sinónimos, se emplean para designar la institución económica que nos ocupa, y al primero nos atenemos, porque el uso califica de esta suerte al especial que ha de ser objeto de nuestra atención.

Admitida la ordinaria división de los impuestos ó contribuciones en *personales* y *reales*, si se trata de prestaciones de una ú otra clase, y la de *directos* é *indirectos*, según el modo, forma y circunstancias de su exacción, no puede menos de calificarse el impuesto sobre *derechos reales* y *transmisión de bienes*, como *real*, y del grupo de *indirectos*.

Todos los tratadistas que se ocupan de este recurso del Tesoro público, con muy contadas excepciones, lo combaten rudamente, apoyando su aserto con poderosísimas razones, entre las cuales descuella con mayor fuerza, en nuestro sentir, la de que, persiguiendo directamente AL CAPITAL, hay muchos casos en que el Estado, después de un corto número de transmisiones, viene á confiscar por completo los bienes que de ellas fueron objeto.

No podemos entrar en largas disertaciones sobre su razón de existencia, y toda vez que las leyes de nuestro país, como las de la mayor parte de los Estados, lo han establecido, lo recibimos tal como nos lo han dado, y á la legalidad vigente nos atendremos al examinarlo.

El *Impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes*, en España, es una contribución sobre la constitución, reconocimiento, modificación, extinción y transmisión de los derechos reales, transmisión de inmuebles y la de muebles, que se verifican por causa de muerte, contrato ante Notario, ó por actos judiciales ó administrativos, como sobre algunos otros actos especialmente gravados. Así puede concretarse en breves notas la materia de este impuesto, que, por su naturaleza, es de aquellos en que ignorándose siempre la cuota y época del pago, así como el nombre del contribuyente y sus medios de fortuna, ha de exigirse necesariamente por medio de *tarifa;* razón por la que ha de definirse como «*impuesto real é indirecto que grava el capital* en forma *mixta*».

No obstante el carácter de *indirecto* que le hemos atribuído, las leyes de Presupuestos de nuestro país lo incluyen entre las contribuciones *directas;* mas como esta agrupación obedece solamente á necesidades y conveniencias puramente administrativas, en nada influye este hecho para su calificación precisa en el terreno científico-económico.

Muchas son las alteraciones que ha sufrido y las vicisitudes por que ha pasado este impuesto, que, desde hace mucho tiempo, viene siendo uno de los más pingües recursos del Tesoro.

Aparece con carácter embrionario, según respetables autores, en tiempo del Emperador Augusto, y siguiendo varias transformaciones,

entre las que algunos señalan la *minción* ó *luctuosa* y la *mañería* de los antiguos Fueros, viene á formarse con bases más firmes y concretas en la *alcabala*, que representaba en un principio un mero recurso transitorio y fué determinado de una manera fija y permanente en el Cuaderno de alcabalas publicado por los Reyes Católicos al terminar el siglo XV. Esta Real disposición gravaba *la venta y trueque de todas las cosas*, se exigía del vendedor y ascendía á un maravedí por cada diez Pasando por alto los demás elementos que, como el de *cientos* ó *cuatro unos*, el *derecho de herencias y legados*, el *medio por ciento de hipotecas*, etc., son los componentes que dieron vida al actual impuesto que examinamos, puede decirse, siguiendo autorizada opinión, que al reformar el ilustre Mon el sistema tributario en 1845, derogando las antiguas disposiciones y estableciendo las bases que han servido de cimiento á la actual obra económica, las transmisiones *intervivos* estuvieron gravadas por la alcabala y disposiciones posteriores desde 1491, salvo cortos plazos, y las *mortis causa* desde 1798 á 30 de Noviembre de 1808 y desde Junio de 1814 á 31 de Julio de 1845.

Leyes diversas vienen desde entonces regulando la administración y realización del impuesto y desde la de Presupuestos de 26 de Diciembre de 1873, que siguiendo y perfeccionando las bases sentadas en 1845, estableció la actual forma del tributo, hasta la vigente de 30 de Agosto último, para cuya aplicación se dictó el Reglamento de 1.° de Septiembre, se viene observando el constante empeño de sujetar á bases y conceptos jurídicos precisos y de regular aplicación las exigencias económicas, que son siempre, por su especial carácter utilitario, las más difíciles de satisfacer, sin que luchen con respetables principios y practicas sancionadas por la tradición.

Puntualizando los hechos y llegando á lo establecido, hay que sentar, como previa observación, la disposición primera del Reglamento vigente, es á saber: que el impuesto de derechos reales, como la mayor parte de todos los actuales tributos, son aplicables á todo el territorio de la Península é islas adyacentes, excepto las Provincias Vascongadas y Navarra, que los satisfacen por encabezamiento concertado con el Estado por las respectivas Diputaciones.

La legislación vigente en el día es la establecida por las leyes de Presupuestos de 25 de Septiembre de 1892, 5 de Agosto de 1893 y 30 de Junio de 1895, con las modificaciones introducidas por la de 30 de Agosto último y reguladas por Real decreto de 1.° de Septiembre, que, por fin, y salvo el plazo que determina en su artículo adicional, unifica las varias tarifas que han servido para la exacción del impuesto, y viene á llenar una necesidad largo tiempo sentida, y á acabar con el desorden y aumento de dificultades en la administración del impuesto, que el anterior estado de cosas llevaba consigo.

El art. 3.° del citado reglamento determina los actos y contratos que contribuyen el impuesto, y la tarifa adjunta fija en 84 conceptos numerados los tipos de imposición.

Contribuyen al Impuesto de derechos reales:

1.° Las traslaciones de dominio de bienes inmuebles y las de derechos reales sobre los mismos.

2.° La constitución, reconocimiento, modificación y extinción de derechos reales, afectos á los bienes inmuebles.

3.° Las traslaciones de dominio de bienes muebles que se verifiquen por causa de muerte.

4.° Los de igual naturaleza que se efectúen por consecuencia de actos judiciales ó administrativos, ó en virtud de contrato otorgado ante Notario.

5.° La transmisión de acciones ú obligaciones de minas por endoso.

6.° Los préstamos personales reconocidos por documento notarial, administrativo ó judicial, y los intervenidos por agente ó corredor, con garantía de efectos públicos ó valores industriales ó mercantiles, y las renovaciones de los mismos realizadas después de un año de su fecha.

7.° Las anotaciones de embargo que no sean en persecución de hipoteca, y las de secuestro y prohibición de enajenar que se manden practicar en el Registro de la propiedad, por providencia judicial, en asuntos en que se proceda á instancia de parte, y las fianzas judiciales y administrativas pignoraticias ó de carácter personal.

8.° Los contratos de ejecución de obras que excedan de 1.000 pesetas.

9.° Las pensiones de Montepíos de Notarios y las que las Sociedades de todas clases otorgan á sus empleados ó familias de los mismos, con arreglo á sus estatutos, si exceden de 1.500 pesetas.

10. La constitución, reconocimiento, modificación y extinción de cualquiera otra clase de pensiones ó rentas.

De la enumeración practicada, resulta con bastante precisión la materia del impuesto, ó sean los actos y contratos que éste grava en concepto de transmisores del dominio de los bienes, ya que este momento de su transmisión es el que aprovecha el Estado para la exacción de la cuota, parte de riqueza. Pero no quiere esto decir que sean los únicos que llevan aparejado el pago del impuesto, ni que siempre y en todo caso lo devenguen; pues atendiendo á consideraciones de índole muy diversa, dispone el reglamento excepciones, exenciones, y en algunos casos inclusiones, que modifican de manera importantísima lo anteriormente expuesto.

Por lo que al contribuyente se refiere, es precepto general que aquel que adquiere el derecho ó los bienes transmitidos, es el obligado al pago del impuesto, con arreglo á los tipos que la tarifa establece; consignándose de manera terminante, que en nada influyen para este efecto las estipulaciones ó condiciones de las partes, ó la voluntad del testador ó donante. Sólo dispone como excepción la *exención absoluta* del Estado por las adquisiciones realizadas á su favor, y las que verifiquen otros Estados exclusivamente para morada ó residencia de los Agentes diplomáticos, en lo que se estará á lo tratado, y no estando previsto se atenderá al principio de reciprocidad.

Todas las demás personas han de satisfacer el impuesto correspondiente á los respectivos actos; pero como la ley ha de atender, como hemos dicho, á multitud de conveniencias de todos órdenes, tampoco son siempre los actos y contratos enumerados fuente de ingreso, y se dispone en muchos casos que no devenguen impuesto actos y contratos expresamente gravados en general. De aquí surge la distinción entre actos *sujetos* y *exceptuados* del impuesto, por más que en la práctica se use la de *exentos* para designar y calificar estos últimos; calificación impropia en el terreno legal, ya que la ley emplea la palabra *exención* sólo en favor del Estado. La de *no sujetos*, se refiere á los no comprendidos en el reglamento y tarifa.

Se dispone como precepto general, que para que sea exigible el impuesto se requiere la existencia de un acto expreso ó deducido con arreglo á los principios de derecho, cuyo nombre ó concepto de liquidación

figure en la tarifa y que se haya efectuado en época en que estuviera gravado. De aquí parece deducirse expresamente que no hay más actos gravados que los que el mismo reglamento enumera y figuran en la tarifa, pero hay que observar que, á continuación del precepto transcrito, se dice que los contratos *innominados* devengarán por los conceptos señalados en la tarifa ó sus similares ó análogos.

No es de extrañar la disposición precedente, toda vez que, dada la variedad de formas que reviste la contratación en los tiempos presentes, sería muy fácil eludir el pago del impuesto con sólo alterar alguna de las condiciones circunstanciales del acto ó contrato, que, de esta suerte, no cabría ya dentro de las terminantes calificaciones dadas á los contratos en las leyes del Estado; por más que parte de este inconveniente queda obviado con la facultad concedida á los liquidadores, é impuesta al mismo tiempo como deber, de prescindir en absoluto de la denominación que las partes ó funcionarios den al acto, y de atenerse para su calificación al verdadero concepto jurídico que los mismos entrañen.

De nada servirían las disposiciones que regulan la exacción del impuesto si no tomase la ley todas las precauciones necesarias á fin de evitar que el decidido empeño que en la mayor parte de los casos demuestran los contribuyentes para extremar los modos de burlar la imposición, fuera parte bastante para conseguir que no se allegaran al Tesoro los medios necesarios.

Obedeciendo á esta necesidad, y, aparte los demás medios coercitivos de que la Administración usa para hacer efectivos los créditos en su favor reconocidos y liquidados, dispone el Reglamento que los bienes ó derechos sobre cuya transmisión se devenga el impuesto lleven afecta siempre, y sea el que fuese su poseedor, la obligación de pagar las cuotas devengadas con motivo de las distintas transmisiones de que hayan sido objeto, pudiendo dirigirse contra aquéllos la acción ejecutiva para hacer efectivo el impuesto.

Poco hemos de decir respecto del precepto transcrito, que hace segura en todo caso la realización de la cuota liquidada y pone al Tesoro al abrigo de defraudaciones que harían punto menos que imposible la cobranza del impuesto. Efectivamente, puede darse el caso de que un contribuyente demore el pago largo tiempo, acudiendo á medios de todas clases, para conseguir evitarlo al fin; y más probable que, en fraude del Estado, enajenase los bienes objeto de la transmisión, haciendo inútiles los procedimientos contra sus bienes personales; mas desde el momento en que el que adquiere sabe que lo adquirido ha de responder en todo caso de las cuotas tendrá buen cuidado de asegurarse con anterioridad del pago de las antes liquidadas, y, en último término, él mismo satisfará el débito antes que consentir la enajenación que de ella haría el Estado por medio de sus agentes ejecutivos. Es, pues, el adoptado, el medio más eficaz de conseguir la regular recaudación de este impuesto.

3.ª *Legislación y tarifas vigentes desde 1.º de Septiembre de 1896.— Retroactividad de las tarifas anteriores.*

Sin entrar en el examen de los precedentes históricos de la legislación vigente en cuanto al Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, que es objeto de otra pregunta del Programa, es lo cierto que el precedente y base fundamental de la legislación vigente en la materia se encuentra en las disposiciones contenidas en la ley de 23 de Mayo de

1845, modificadas por los Reales decretos de 11 de Junio de 1847, 26 de Noviembre de 1852, 29 de Junio de 1867 y 20 de Julio de 1869; y en las leyes de Presupuestos de 25 de Junio de 1864 y 26 de Diciembre de 1872, las que dieron lugar á que desde esta última disposición alcanzase la legislación del Impuesto citado el mayor grado de fijeza y de precisión jurídica en cuanto á los fundamentos del mismo, viniendo los preceptos de la ley de 31 de Diciembre de 1881 á ampliarlos en algunos puntos importantes, extendiendo la tributación á ciertas manifestaciones de la riquéza que antes estaban exentas, con mengua de la justicia en la distribución del impuesto. En este criterio se inspiró la ley de Bases de 30 de Junio de 1892, al modificar la legislación anterior con nuevos principios, que, amalgamados y concertados con los de aquélla, alcanzaron todo su desarrollo en los preceptos de la ley de 25 de Septiembre del mismo año, que constituye el contenido de la legislación vigente en 1.º de Septiembre de 1896, pues si bien los preceptos de las leyes de 5 de Agosto de 1893, 30 de Junio de 1895 y la de 30 de Agosto de 1896, modificaron los de aquella ley en puntos algunos de ellos muy esenciales, es lo cierto que se limitaron á reformar parcialmente la legislación, atendiendo á razones y motivos diversos casi siempre, y en lo más importante encaminados á restablecer los principios que venían informando la antigua legislación, conservando en lo esencial todos los demás preceptos que regulan la administración y realización del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes según la expresada ley de 25 de Septiembre de 1892 y reglamento de la misma fecha, modificado tan sólo en cuanto á ciertos extremos por el Real decreto de 23 de Agosto de 1893, y últimamente sustituído, refundiendo sus disposiciones en el reglamento de 1.º de Septiembre de 1896, que es el vigente á partir de esa fecha.

Estas afirmaciones se encuentran confirmadas plenamente por el párrafo primero de la base 3.ª de la ley de 30 de Agosto de 1896, que reconoce la coexistencia, á partir de la ley de 25 de Septiembre de 1892, de las demás leyes citadas y de las disposiciones complementarias de las mismas.

En el mencionado párrafo se ordena que desde 1.º de Enero de 1897, se exigirá el Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes con arreglo á los tipos establecidos por las leyes de 25 de Septiembre de 1892, 5 de Agosto de 1893 y 30 de Junio de 1895, en cuanto no los modifica la ley de 30 de Agosto de 1896, y por ésta cualquiera que sea la fecha en que se hubiese causado el acto ó contrato liquidable. Se ve, por consiguiente, que si bien á partir de la expresada fecha se establece en la legislación del Impuesto de derechos reales un principio que, si no nuevo, puesto que este mismo se consignó en las disposiciones adicionales de la ley de 25 de Septiembre de 1892 y fué derogada implícitamente por la disposición aclaratoria contenida en el art. 6.º del Real decreto de 23 de Agosto de 1893, principio que viene á variar para lo sucesivo el generalmente seguido en la legislación del Impuesto, de la aplicación á cada acto ó contrato de la legislación y tarifas vigentes en la fecha en que aquéllos se causaron ú otorgaron, la misma disposición en que se establece viene á reconocer la coexistencia de diversas leyes que rigen la administración y realización del Impuesto.

Dejando, pues, aparte este precepto ó excepción, relativo á la aplicación de las tarifas, ó sea á su retroactividad, de que más adelante nos ocuparemos, la legislación vigente en 1.º de Septiembre de 1896, está contenida en la ley de bases de 30 de Junio de 1892, con las modifica-

ciones que ha sufrido posteriormente, en la forma que vamos á exponer.

En la base 1.ª de la ley expresada que señala los objetos de tributación, y que corresponde al art. 1.º de la ley de 25 de Septiembre del mismo año; se reconocen como vigentes todos sus preceptos, exceptuando lo prescrito en el apartado *E* de la misma base en cuanto á la exacción del Impuesto de derechos reales en la transmisión de valores industriales ó mercantiles en que intervengan los Agentes del Comercio, á quienes el Código mercantil atribuye el carácter de Notarios, respecto de los cuales se derogó por la ley de 5 de Agosto de 1893, quedando subsistente sobre la transmisión de acciones y obligaciones de minas, y excepto también lo prescrito en el apartado letra *J*, relativo á los documentos privados de cualquier clase, en los cuales conviniese á los interesados dar autenticidad á la fecha con respecto á terceros, y á los efectos del art. 1227 del Código civil, que ha sido derogado por la base 2.ª de la ley de 30 de Agosto de 1896.

Continúa vigente la base 2.ª de la expresada ley de 30 de Junio de 1892, excepto en lo relativo al aplazamiento de pago del Impuesto devengado por la adquisición de la nuda propiedad cuando se transmite por sucesión hereditaria ó por heredamiento, derogado ya en este punto por el art. 33 de la ley de 5 de Agosto de 1893, en el que se dispuso que el nudo propietario pague el impuesto correspondiente á la adquisición de su derecho en la forma y plazos que debe hacerlo el usufructuario, salvo el caso de que fuese incierto ó de que careciese de bienes, aplazándose en el primero por ministerio de la ley, y pudiendo en el segundo concederse el aplazamiento por el Ministro.

También resulta modificada esta base en lo relativo al tipo de liquidación del 0,10 por 100 señalado á la transmisión de efectos públicos, valores industriales ó mercantiles y mercaderías, y en cuanto al tipo fijo que se señale para los documentos privados, que por las disposiciones precitadas han dejado de ser exigibles.

La base 3.ª de la misma ley ha sido también modificada en cuanto al valor que ha de servir de base á la liquidación del derecho de usufructo, por la base 1.ª de la ley de 30 de Agosto citada, que asigna á aquél el del 50 por 100 del valor de los bienes, en lugar del 25 por 100 que regía antes, y modificándose también el valor de la nuda propiedad, que ahora será el 50 por 100 de dicho valor, en lugar del 75 por 100 señalado en la ley de 31 de Diciembre de 1881 y en la de 25 de Septiembre de 1892.

La base 4.ª de la ley de 30 de Junio de 1892, que estableció el tipo de 8 por 100 á las herencias y legados en favor del alma de terceras personas, y el 1 por 100 cuando fuese en beneficio del alma del testador, ha sido radicalmente variada por la base 4.ª de la ley de 30 de Agosto de 1896, que conservando el tipo de 1 por 100 en el mismo caso que indica el precepto antes citado, dispone que las herencias y legados á favor del alma de otras personas se liquiden por el tipo correspondiente al parentesco que exista entre éstas y el causante de la herencia ó legado.

La base 8.ª de la misma ley, reflejada en el núm. 6.º, art. 3.º de la ley de 25 de Septiembre de 1892, por la que se señaló el tipo de 0,10 por 100 para las transmisiones destinadas á la creación ó sostenimiento de instituciones de enseñanza gratuita, aunque fuesen de carácter privado, fué modificada por el art. 33 de la ley de 5 de Agosto de 1893, que derogó el núm. 6.º del art. 3.º citado, disponiendo que las adquisiciones que realicen por cualquier título los establecimientos de beneficencia é

instrucción pública de carácter privado, aun cuando se dediquen á la enseñanza gratuita ó disfruten de subvenciones oficiales, devengarán el 2 por 100, en lugar del 0,10 por 100 señalado antes.

La ley de 5 de Agosto de 1893 estableció en cambio un precepto nuevo, relativo á la liquidación de las adquisiciones causadas con motivo de las pólizas de seguros, en las que se exigía el 3 por 100 sobre el importe de las diferencias entre las primas pagadas y el valor de la póliza; precepto que fué derogado por el art. 44 de la ley de Presupuestos de 30 de Junio de 1895, como lo ha sido también el art. 35 de aquella ley, relativo á extender la exacción del impuesto á los bienes muebles existentes en las provincias de Ultramar y al percibo de derechos duplicados por los bienes de igual clase que se hallasen fuera del territorio de la Nación, por la base 2.ª de la ley de 30 de Agosto de 1896.

Finalmente, la base 11 de la ley de 30 de Junio de 1892 ha sido aclarada por la base 5.ª de la de 30 de Agosto tantas veces repetida, en el sentido de declarar que la exacción del 6 por 100 de intereses de demora, por la concesión de las prórrogas que autoriza la legislación del Impuesto, es aplicable á las que, con arreglo al reglamento, conceden los Delegados de Hacienda, variando así la interpretación que había venido dándose á la aplicación de dicho precepto por el art. 66 del reglamento de 25 de Septiembre de 1892.

Resumiendo, pues, cuál es la legislación vigente en el Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, en 1.º de Septiembre de 1896, podemos decir que está constituída por los párrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º del art. 1.º de la ley de 25 de Septiembre de 1892, con parte del párrafo 5.º del mismo artículo en lo relativo á la transmisión por endoso de acciones y obligaciones de minas; por el art. 2.º de la misma ley, excepto en lo relativo á la liquidación de las herencias y legados en favor del alma de terceras personas, que pagan con arreglo al tipo de liquidación señalado al grado de parentesco que tengan con el causante, y excepto lo relativo á la liquidación de los documentos privados, á que hacía referencia el apartado letra *J* de la ley de 30 de Junio de 1892, que ahora sólo pagan un derecho de Timbre, y los tipos señalados á la transmisión de efectos públicos, valores industriales y mercantiles que se realicen con la intervención de los Agentes de Comercio antes citados.

Queda asimismo vigente el art. 3.º de la misma ley, excepto en el número 6.º del mismo, que se refiere á las adquisiciones de los establecimientos de beneficencia é instrucción de carácter privado, sustituído por el artículo 33 de la ley de 5 de Agosto de 1893, y todas las demás disposiciones contenidas en dicha ley, que tienen carácter permanente, por ser ya inaplicables los artículos adicionales y las disposiciones transitorias de la misma; y como disposición reglamentaria, aparte de otras que tienen un carácter meramente de orden interior de las oficinas, relativas á libros, etc., y que son objeto de otras preguntas del Programa, el reglamento y tarifa de 1.º de Septiembre de 1896.

Expuesto ya cuál es la legislación vigente en el Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, sólo nos resta ocuparnos del segundo extremo que comprende la pregunta, y que se refiere á la retroactividad de las tarifas anteriores á la vigente.

Ya hemos apuntado cuál es la radical innovación que establece la base 3.ª de la ley de 30 de Agosto de 1896, respecto de las tarifas porque se ha de exigir el Impuesto, habiendo llegado el legislador á lo que se llama la unificación de las tarifas que antes venían rigiendo, conser-

vándose los tipos vigentes en las distintas épocas, en un principio, según la legislación de 31 de Diciembre de 1881 desde 1.º de Agosto de 1845, y después de la ley de 5 de Agosto de 1893, desde 24 de Septiembre de 1798, por la tarifa aprobada por el Real decreto de 23 de Agosto de 1893. Por virtud de lo dispuesto en la expresada base 3.ª, desde 1.º de Enero de 1897 regirá la tarifa aneja al reglamento de 1.º de Septiembre de 1896, en la que, tomando como base los distintos títulos de adquisición, y sin más excepción de esta regla que la escala gradual que se aplica á las herencias y legados, se señala á aquéllas los respectivos tipos de liquidación, que habrán de aplicarse á todos los actos y contratos que se presenten á liquidar, cualquiera que sea la fecha en que se hayan causado ú otorgado, y los tipos que tuviesen señalados anteriormente.

Pero este principio tan radical y absoluto, que necesariamente origina una profunda alteración en el estado de derecho creado por la legislación antes vigente, no podía aplicarse desde luego sin conceder á los contribuyentes, á quienes podría perjudicar por la elevación de los tipos de las nuevas tarifas, con relación á las que regían, según las respectivas legislaciones, el medio de amparar sus derechos, sin por eso contrariar el laudable propósito que animó al legislador al establecer la reforma, y á esto conducen las dos excepciones contenidas respectivamente en los párrafos 2.º y 3.º de la misma base y ley citadas. Por lo preceptuado en el párrafo 2.º se concede á los interesados en los actos y contratos otorgados hasta la fecha de la ley, que hubiesen estado exentos ó no sujetos al Impuesto en alguna época, la beneficiosa exención de que no le devenguen, cualquiera que sea la ocasión en que se presenten á liquidar, siempre que se refieran á tiempo en que hubiesen disfrutado de dicha exención ó no inclusión en la tarifa; y por lo que se dispone en el párrafo 3.º, se señala un plazo improrrogable de seis meses á los interesados en los actos y contratos celebrados hasta el día de la publicación de la ley, que tenían señalados en las tarifas vigentes á las fechas de los otorgamientos respectivos tipos de liquidación menores que los que en la misma ley se señalan como vigentes, para que puedan acogerse al beneficio de tributar por aquellos tipos menores, previniendo que tendrán que satisfacer el Impuesto con arreglo á los tipos mayores que señala la nueva tarifa, si se presentasen á liquidación pasado dicho término.

Esto es lo que constituye la retroactividad de las tarifas, que obedece á un elevado espíritu de justicia, y que producirá, andando el tiempo, una importante simplificación en el trabajo de liquidación del Impuesto, sin que por eso puedan considerarse lastimados los intereses particulares, que han podido, con sobrado tiempo, acogerse al beneficio de los tipos señalados por la legislación anterior que les fuesen más favorables.

4.ª *Actos y contratos exentos ó no sujetos al pago del Impuesto por la fecha de su realización ú otorgamiento.—Exenciones declaradas por los preceptos legales vigentes.*

El punto más importante en el estudio del Impuesto, es el que se refiere á la determinación de su materia, y toda vez que el enunciado de la pregunta comprende este extremo, vamos á examinarlo con la brevedad que exige el corto espacio de que disponemos.

Las diversas épocas de formación del Impuesto de derechos reales imprimieron en las disposiciones que lo han regulado la huella necesaria de las conveniencias de actualidad y no siempre gravó aquél los mismos ac-

tos y contratos. Reducida hoy la legislación, según lo consignado en la ley de bases de 30 de Agosto último, á lo dispuesto por las leyes de 25 de Septiembre de 1892, 5 de Agosto de 1893 y 30 de Junio de 1895, en cuanto no las modifica aquélla, acudiendo á estos puntos hemos de fijar lo que constituye la materia de nuestro estudio, tomando también en consideración las disposiciones reglamentarias dictadas para el cumplimiento de dichas leyes.

Comenzaremos por analizar el sentido que para nosotros han de tener las palabras *exentos* ó *no sujetos*, referidas á los actos ó contratos, consignando que llevan la primera calificación los que gravados por el Impuesto en principio, no llegan á serlo en realidad por eximirlos determinadamente la ley; aplicándose la de *no sujetos* á los que no aparecen incluídos en los reglamentos y tarifas para la administración y realización del Impuesto. Aun cuando las disposiciones legales y reglamentarias emplean este tecnicismo con constancia, creemos que no tiene toda la claridad y precisión apetecibles, puesto que consigna el art. 34 de todos los reglamentos dictados desde 1873, que «*sólo el Estado* gozará de exención del Impuesto por las adquisiciones de bienes y derechos reales que se verifiquen á su favor»; de donde parece inferirse que el concepto que lleva en sí la palabra *exención*, es puramente en orden á la persona contribuyente, y por tal razón, parece que sería más propia la expresión *exceptuado*, atribuída al acto ó contrato.

A tres puntos principales refiere la ley las exenciones en el terreno del Impuesto: el contribuyente, los bienes y la época de realización del acto ú otorgamiento del contrato. Por lo que al contribuyente atañe, solamente reconoce la exención en favor del Estado español, con carácter absoluto, y respecto de los demás Estados, para el caso en que adquiera bienes con destino á morada ó residencia de los Agentes diplomáticos, si así estuviese tratado, pues en otro caso se atenderá al principio de reciprocidad. No puede ser más justificada la exención en favor del Estado, puesto que, de no ser así, resultaría el absurdo de que el mismo sujeto fuese perceptor y pagador del tributo; y lógico es también atender á lo tratado ó al principio de reciprocidad en las relaciones internacionales.

En consideración á los bienes, acepta la ley el *estatuto real*, no siendo en el caso de que se trate de bienes muebles cuya situación ó constitución no conste de modo cierto, pues entonces les atribuye la de la misma del adquirente. En caso de que los bienes sean títulos de la Deuda ó representativos de capital de sociedad ú obligaciones de éstas, están sujetos al Impuesto si la sociedades tienen su domicilio en España, aun cuando estén constituídos ó depositados en el extranjero, así como también lo están los valores extranjeros, pertenecientes á españoles ó naturalizados, que se transmitan por título hereditario.

Claro es que si se parte del principio de territorialidad, la primera consecuencia tiene que ser forzosamente la de excluir del Impuesto la transmisión de bienes y derechos reales que radiquen en puntos á donde no alcanza la eficacia de la ley que los grava, y como quiera que las posesiones ultramarinas se rigen por leyes especiales y las Provincias Vascongadas y Navarra, por circunstancias excepcionales, gozan del mismo beneficio en el terreno económico, también quedan desde luego descartados, en cuanto á la tributación directa, y serán calificados de *exentos* los actos y contratos que á bienes en ellos sitos se refieran, debiendo aplicarse los mismos principios del estatuto.

Nada diremos de las tributaciones en las posesiones de Ultramar, pues

sabido es que, por razones sobrado conocidas, debidas á su carácter colonial, tiene su presupuesto especial y á él han de aplicar los ingresos de todas clases, con arreglo á las leyes dictadas para cada tributo.

Las Provincias Vascongadas y Navarra, en virtud de concierto con el Estado, satisfacen un tanto alzado por cada tributo, y á las Diputaciones respectivas atañe su administración y cobranza, sin intervención del Estado en tales funciones por concepto alguno.

Entrando á examinar la tercera de las bases indicadas, ó sea la época de realización ú otorgamiento del acto ó contrato, hemos de fijar principalmente nuestra atención en la disposición expresa que previene que el Impuesto se exigirá con arreglo á la verdadera naturaleza jurídica del acto ó contrato liquidable, siendo condición necesaria la existencia del mismo, expresa ó deducida con arreglo á los principios de derecho, que su nombre ó concepto de liquidación figure en la tarifa, y que se haya efectuado en época en que estuviese gravado, tomando como base para este último efecto la fecha del otorgamiento en los contratos y la del fallecimiento del causante en la adquisición *mortis causa*. Parece á primera vista que únicamente los contratos y actos conocidos en derecho por nombre propio, son los que grava el Impuesto, según las disposiciones anteriormente citadas; mas conviene advertir que, á renglón seguido, dispone la ley que los contratos *innominados* devengarán por los conceptos señalados en la tarifa á sus similares ó análogos, y de esta suerte queda desvanecida la duda que pudiera surgir. Ahora bien: de lo expuesto se deduce claramente que todos los demás actos no comprendidos en la tarifa expresamente, por deducción en derecho ó por asimilación, *no están sujetos al Impuesto*; pero aun los comprendidos en ella actualmente no lo están siempre y en todo caso, puesto que los realizados ú otorgados hasta el 30 de Agosto último, que hubiesen estado exentos ó no sujetos al Impuesto en alguna época, no lo devengarán, cualquiera que sea la época en que se presenten á liquidación, siempre que se refieran á tiempo en que hubiesen disfrutado de dicha exención ó no inclusión en las tarifas.

Concretando lo expuesto, podemos pasar á enumerar las exenciones declaradas por los preceptos legales vigentes, que son las que se expresan á continuación:

1.ª Absoluta, y en todo caso, en los actos ó contratos en que figure como adquirente el Estado.

2.ª Absoluta también para los actos y contratos que versen sobre transmisión de bienes y derechos que radiquen en el extranjero, posesiones de Ultramar y Provincias Vascongadas y Navarra, con aplicación de la doctrina estatutaria, y salvo en los casos de transmisión de títulos de la Deuda, y representativos de capital ú obligaciones de Sociedades extranjeras que adquieran por título hereditario los españoles y naturalizados.

3.ª Asimismo es absoluta para los realizados ú otorgados hasta el 30 de Agosto último, siempre que se refieran á época en que hubiesen estado exentos ó no sujetos con arreglo á las tarifas y reglamentos entonces vigentes.

4.ª La renovación de préstamos personales reconocidos por documento notarial, judicial ó administrativo, ó intervenidos por Agentes mediadores de comercio, está exenta del Impuesto cuando se verifique dentro del plazo de un año, á contar desde la fecha del préstamo, siendo

aplicable esta exención á las renovaciones posteriores, siempre que concurran las mismas circunstancias.

5.ª La adjudicación de bienes inmuebles para pago de deudas, en el caso de que, al presentarse el oportuno documento, se justificase que el adjudicatario los había enajenado dentro del término de un año, y que el nuevo adquirente había satisfecho el impuesto correspondiente á su adquisición.

6.ª El reconocimiento de censo cuando el censualista acredite haber satisfecho el Impuesto por la adjudicación del censo y el reconocimiento sólo implique ó tenga por objeto evidenciar una rehabilitación del ejercicio del derecho por parte del censualista.

7.ª La extinción de hipoteca cuando esto tiene lugar por adquirir el acreedor hipotecario la propiedad del inmueble hipotecado, ó por resultar ineficaz la garantía prestada, á consecuencia de haberse tenido que aplicar el valor total del mismo inmueble á cancelar anteriores créditos hipotecarios; en la inteligencia de que la exención se refiere en este caso á la parte que hubiese resultado ineficaz.

Tampoco devenga impuesto la extinción de las hipotecas constituídas antes de 1.º de Enero de 1873, á menos que desde esa fecha conste su prórroga expresa ó tácita.

8.ª La extinción de pensiones de Montepíos y demás que expresa el párrafo segundo del art. 9.º del vigente reglamento.

9.ª Gozan de exención también las transmisiones de metálico que constituyen precio de bienes ó pago de servicios personales.

10. Los préstamos garantizados con hipoteca, que sólo devengarán por este último concepto.

11. Las informaciones posesorias por adquisiciones de cualquiera clase, anteriores á la ley Hipotecaria.

Y 12. La adquisición de una finca ó derecho real enajenable á virtud de retracto legal, cuando el comprador ó adquirente de quien la retrae lo hubiera satisfecho ya.

Tales son, en nuestro sentir, las únicas exenciones permanentes que reconoce la actual legislación, y podemos dar por contestada en su totalidad la pregunta que plantea el Programa en el núm. 4.º de las referentes al Impuesto.

5.ª *Organización administrativa del Impuesto.—Régimen legal establecido para la tramitación de expedientes y reclamaciones.*

Aunque el primer asomo de la organización administrativa del Impuesto pudiera encontrarse en los recaudadores de alcabalas, cuyas funciones reglamentaron D. Juan II en 1451, y más tarde los Reyes Católicos, es lo cierto que la poca fijeza que existía entonces en el sistema de exacción del Impuesto, que unas veces se hacía por la Administración y otras por medio de encabezamientos, para evitar los abusos y perjuicios que sufrían los pueblos por las exacciones de los alcabaleros, no permiten apreciar como organización administrativa la que entonces regía.

El primer antecedente legislativo que se encuentra de la organización administrativa del Impuesto en sus íntimas relaciones con el Registro de la propiedad, se refiere al año 1539, en que los Reyes D. Carlos y Doña Juana mandaron que en cada ciudad, villa ó lugar donde hubiese cabeza de jurisdicción, se estableciera un Registro en que se anotasen todos los contratos, á fin de que pudieran saberse los censos, tributos é hipoteca

que tuviesen las casas y heredades, viniendo después Carlos III, por pragmática de 5 de Febrero de 1768, á establecer los Oficios ó Contadurías de hipotecas, á cargo de los Escribanos de Ayuntamiento de las cabezas de partido.

El Real decreto de 23 de Mayo de 1845, reconociendo la existencia de las Contadurías y Oficios de hipotecas, dispuso que sus encargados lo fuesen también de las oficinas de Registro que se establecían para la cobranza del derecho de hipotecas que por el mismo se creaba, haciéndoles depender de las Administraciones de Hacienda pública en cada provincia.

En el mismo Real decreto se detallan las disposiciones relativas á la toma de razón de los documentos, así públicos como privados, sujetos al Impuesto, fijándose los plazos en que había de verificarse bajo pena de nulidad; la forma de dar resguardos del pago de los derechos; los datos que habrían de consignarse en los Registros; que debían llevarse autorizados por el Administrador de Rentas y el Juez de primera instancia, la obligación que tenían los Contadores de prestar fianza, y las reglas de vigilancia en el cumplimiento de sus deberes á que estaban sujetos, con las penalidades consiguientes á la falta de cumplimiento de las obligaciones que en el citado Real decreto se imponen á las Autoridades y funcionarios que expresa.

Verificada la reforma hipotecaria y nombrados ya algunos Registradores, se dió el Real decreto de 2 de Noviembre de 1864, encomendando á aquellos funcionacios la liquidación del derecho de hipotecas, si bien por el de 7 de Octubre de 1864 se revocó esta disposición, ordenando que corriese á cargo de funcionarios dependientes únicamente del Ministerio de Hacienda, relevando de aquella obligación á los Registradores de la propiedad que le desempeñaban por delegación.

La ley de Presupuestos de 29 de Mayo de 1868 suprimió los Liquidadores-recaudadores del Impuesto y mandó fuesen sustituídos por los Registradores de la propiedad, excepto en los puntos en que existiesen algunos de los antiguos Contadores de hipotecas, previa justificación de ciertos requisitos. En la misma disposición legal se establece la dependencia del Ministerio de Hacienda de los Registradores-liquidadores, la afección de la fianza que prestan como Registradores á las responsabilidades que contraigan como liquidadores, se fija la retribución que éstos han de percibir, y se crea en cada Administración de Hacienda pública una plaza de Oficial letrado para encargarse del Negociado de traslaciones de dominio.

Dictadas por Real orden de 15 de Junio de 1868 las reglas necesarias para el cumplimiento de la expresada disposición legal, vinieron después la ley de 28 de Diciembre de 1872 y el reglamento de 14 de Enero de 1873 á fijar detalladamente la organización administrativa del Impuesto, continuando confiada á los Registradores de la propiedad la liquidación y recaudación en las poblaciones cabeza de partido, y la liquidación solamente en las capitales de provincia, hasta que por Real decreto de 16 de Marzo de 1886 se confió la liquidación en estos últimos á los Abogados del Estado.

La organización administrativa del Impuesto se encuentra hoy regulada por el Reglamento de 1.º de Septiembre de 1896, en sus artículos 117 y siguientes. Por consecuencia de lo dispuesto en los mismos, la gestión del Impuesto está encomendada en la Administración Central al Ministerio de Hacienda, á la Dirección general de Contribuciones directas y Abogados del Estado adscritos á la misma, y en la Administración pro-

vincial corre á cargo de los Delegados de Hacienda, de las Administraciones de Hacienda y de las Oficinas liquidadoras, que en las capitales de provincia están confiadas á los Abogados del Estado, y en las cabezas de partido judicial á los Registradores de la propiedad, salvo en Sevilla, en que continúa desempeñando este cargo uno de los antiguos Contadores de hipotecas.

Al Ministerio de Hacienda corresponde en este Impuesto, además de acordar las visitas de inspección, resolver las consultas que se formulen y cuidar del cumplimiento de las disposiciones que rigen el mismo, la concesión de prórrogas y las condonaciones de multas dentro de los límites que señalan las disposiciones vigentes, así como la resolución en segunda instancia de las reclamaciones por el Impuesto.

A la Dirección general del ramo corresponde como función especial y además de la tramitación de los expedientes que han de resolverse por el Ministerio, la resolución de las consultas que se dirijan por las Administraciones ó Delegaciones de Hacienda sobre cuestiones que tengan carácter general, y vigilar la exacta gestión del Impuesto, con otras atribuciones que detalladamente se citan en el reglamento.

El examen de los documentos y la calificación jurídica de los mismos, al efecto de fijar el concepto y tipo de la tarifa por que deban contribuir, ó declarar la exención, en su caso, es privativa de los Abogados del Estado y de los Liquidadores, sin perjuicio de la acción fiscal, que corresponde á la Intervención general de la Administración del Estado, y respecto de los Liquidadores de los partidos, sin perjuicio de la revisión de las liquidaciones que practiquen, que pueden verificar los Abogados del Estado encargados del Negociado de Derechos reales en las respectivas Administraciones de Hacienda, con arreglo á lo dispuesto en el núm. 10, art. 122 de dicho reglamento.

Es de notar que conforme al segundo párrafo del art. 124 del mismo, los Bancos y Sociedades que en él se determinan, que con arreglo á sus estatutos hacen préstamos con garantía de efectos públicos ó valores industriales ó mercantiles, podrán por sí liquidar y exigir el Impuesto, ingresando quincenalmente en el Tesoro las cantidades que se recauden.

La recaudación del Impuesto liquidado por los funcionarios encargados al efecto en las capitales de provincia, se ingresa directamente en las arcas del Tesoro; las que se liquidan en los partidos por los Registradores-liquidadores, se recaudan por los mismos, con obligación de verificar mensualmente el ingreso en las cajas del Tesoro de la capital de la provincia, si no la hubiese habilitada al efecto en el partido, de los fondos recaudados, precisamente del 25 al 30 del mismo mes, para lo cual cerrarán las cuentas que deben rendir referentes á la liquidación del Impuesto el día 24 anterior, excepto en el mes de Junio, que por ser el último del año económico, se cerrarán en 30 del mismo.

Cuando ocurra la vacante del Registro, se encargará de la liquidación la persona ó funcionario que sustituya al Registrador, salvo que el Delegado de Hacienda estime conveniente encargar á un funcionario administrativo.

La retribución de los Registradores liquidadores consiste en los honorarios que señala el reglamento del Impuesto, y en el mismo se precisan las responsabilidades en que pueden incurrir por sus actos como liquidadores; en sus dos grados de disciplinaria y correccional gubernativa, sin perjuicio de la ordinaria por los hechos que revistan carácter de delito. La imposición de las correcciones disciplinarias corresponde al De-

legado de Hacienda, y la de la correccional gubernativa al Ministerio, con alzada en el primer caso al Ministro, y sin ulterior recurso en el segundo. Salvo el caso de imponerse la pena de reprensión, en todos los demás es preciso la instrucción de expediente con audiencia del interesado.

Los expedientes a que puede dar lugar la gestión y realización del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, son de varias clases, pudiendo clasificarse desde luego en dos grupos: 1.°, los que se promueven de oficio por la misma Administración en sus diversos grados; y 2.°, los que refiriéndose á la lesión de un derecho ó á la concesión de una gracia, se promueven en virtud de instancia de los interesados. Los del primer grupo pueden convertirse en los del segundo en determinados casos, desde el momento en que se promueve reclamación particular.

Del primer grupo podemos citar como más importantes los de comprobación de los valores declarados y de liquidación del Impuesto, así como los de investigación que se promueven de oficio para conseguir que vengan á contribuir los contribuyentes morosos en la presentación de documentos.

Los expedientes de comprobación de valores pueden promoverse en los actos ó contratos á título oneroso, siempre que haya motivos fundados para suponer disminuídos los valores declarados que han de servir de base para la liquidación del Impuesto; pero en los que sean á título lucrativo, la comprobación ha de practicarse siempre con el resultado que arroje la capitalización al 5 por 100 líquido imponible, asignada en los amillaramientos de la riqueza rústica y urbana á las respectivas fincas, y del canon de superficie respecto de la propiedad minera, sin perjuicio de acudir á los precios medios de venta, al precio que las fincas obtuviesen en la última enajenación, á los datos de las cartillas evaluatorias de la riqueza, y en último término, á la tasación pericial.

Una vez practicada la comprobación, y siempre que resulte aumento sobre el valor declarado, se notificará ese resultado al contribuyente, para que dentro de ocho días manifieste su conformidad ó alegue lo que tenga por conveniente.

Si hiciese alegación, el Liquidador ó la Administración de Hacienda, según los casos, fijarán en su vista el valor que ha de servir de base á la liquidación, y si el interesado, á quien se notificará, no está conforme, podrá entablar su reclamación en el término de quince días ante la Delegación de Hacienda.

En el caso de que se acuerde la tasación, se pondrá en conocimiento del Juez de primera instancia del partido á que corresponda la oficina liquidadora, donde se presentarán los documentos, para que designe perito, y en el de los interesados para que designen el que por su parte ha de verificar la tasación ó acepten el nombrado por el Juez.

Todo expediente de comprobación de valores ha de ser incoado en el término máximo de un mes, y terminará en el mismo plazo si los interesados facilitan los datos necesarios, y en otro caso dentro del plazo de tres meses prorrogables por otro más. La acción administrativa de comprobación prescribe al año de la presentación de los documentos á liquidar, cuando éstos sean públicos y solemnes y la liquidación sea definitiva, y la aprobación del expediente corresponde al Liquidador siempre que su cuantía no exceda de 25.000 pesetas, y á la Administración de Hacienda en los demás casos.

Las liquidaciones que se practiquen tienen el carácter de actos administrativos, reclamables ante el Delegado de Hacienda en el plazo de quin-

ce días, tramitándose las reclamaciones que se promuevan con arreglo á las prescripciones de la ley de 19 de Octubre de 1889 y del reglamento de 15 de Abril de 1890, y pudiéndose utilizar la vía contencioso-administrativa contra las resoluciones que se dicten en segunda ó en única instancia, según los casos previstos en el mismo reglamento. La legislación vigente respecto á los expedientes de investigación promovidos de oficio ó en virtud de denuncia, se encuentra contenida en los artículos 116 y siguientes del reglamento de 25 de Septiembre de 1896, y la que regula la tramitación de los expedientes de devolución por las cantidades ingresadas indebidamente, ó á las que los contribuyentes tengan derecho, se encuentra contenida en los artículos 137 y siguientes del mismo reglamento; estableciéndose como plazo de prescripción del derecho de los contribuyentes, el de cinco años, á contar desde que nació el derecho á la devolución, por cumplimiento de requisito reglamentario ó ingreso duplicado, ó en que se hubiese dictado la resolución administrativa de la cual nazca el derecho.

6.ª *Personas obligadas al pago del Impuesto en los actos ó contratos que lo devengan.—Facultades del Liquidador para determinar la naturaleza jurídica y contributiva de los actos y contratos.*

Si merece estudio detenido y presenta ancho campo á la investigación la *materia* del Impuesto, no tiene menor importancia, y ha de ser, por consiguiente, muy digna de atención, la persona que lo satisface, y es conocida con el nombre de *contribuyente*. Esta es la obligada al pago en los actos y contratos sujetos al Impuesto.

Suponiendo que de este modo obtiene la utilidad, razón del tributo, dispone la ley que «satisfará en todo caso el Impuesto el que adquiera ó recobre el derecho gravado, y aquel á cuyo favor se reconozcan, transmitan, declaren ó adjudiquen los bienes y derechos»; y que, «en los arrendamientos, corresponderá dicho deber al arrendatario ó colono, *salvo los pactos especiales en contrario*».

Acaso de las palabras de la ley pudiera parecer desprenderse la existencia de una obligación contraída por el Estado, de respetar el pacto expreso de las partes, y en su virtud, de someterse á lo estipulado, limitándose á exigir el pago de la cuota á persona tal vez distinta de la obligada por la ley á hacerlo; pero hemos de hacer notar, que no puede ser tal la significación del precepto legislativo, toda vez que no hay razón alguna que obligue al Estado á convención en que no interviene como parte, y sobre cuya aplicación pudieran surgir en muchos casos dudas que dificultaran la exacción del Impuesto. Así lo entendió el reglamento en el artículo concordante, pues á continuación del primer inciso de los transcritos anteriormente, añade esta aclaración: «cualesquiera que sean las condiciones ó estipulaciones de las partes contratantes respecto al particular, y sin perjuicio de los casos que por excepción determina expresamente este reglamento». Con lo dicho queda demostrado, y así lo estima comentarista muy respetable, que la excepción legal se limita á declarar la validez del pacto de las partes para sus relaciones recíprocas, sin que afecte en manera alguna á lo dispuesto por la ley que fija la persona obligada al pago. Con esta base no puede ofrecer duda la determinación del contribuyente, pues en los actos en que aparezca de manera clara la persona adquirente, ésta será la obligada al pago, y en algunos otros casos, por ejemplo, en los arrendamientos y extinción de pensiones

determina la ley que sean el colono, y el obligado á satisfacer la pensión, los que paguen el Impuesto respectivamente.

Como en la práctica son frecuentes los casos en que un mismo documento comprende en uno ó varios actos ó contratos diversidad de convenciones sujetas al Impuesto separadamente en la tarifa, y por los cuales han de contribuir diferentes personas como adquirentes, y no habría razón alguna que justificase la detentación de documentos y la adopción de medidas de carácter ejecutivo, por parte del Estado, para hacer efectivas cuotas contra persona que no estuviese obligada á hacerlo, dispone la ley las reglas que han de observarse en los distintos casos. Comienza por decir, que por el documento que se presenta á liquidación, sólo se liquidarán los derechos que haya de satisfacer la persona á cuyo nombre é instancia estuviese librado, aun cuando comprenda actos ó contratos liquidables á nombre de terceras personas, á no ser que éstas soliciten también que se liquide por el mismo documento: cuando no lo soliciten y no haya transcurrido el plazo legal, el liquidador tomará las notas necesarias para realizar el Impuesto correspondiente á los terceros antes de que transcurra; mas, si hubiese ya terminado, verificará desde luego la liquidación, notificándola al contribuyente. Las liquidaciones han de extenderse á nombre de cada contribuyente, y por tantos cuantos sean los distintos conceptos parciales de la tarifa que las produzcan; de esta manera no tendrá dificultades que oponer el contribuyente, y puede perfectamente la ley disponer, como así lo hace, que «cada uno es responsable de la cuota personal que le corresponda satisfacer, la cual deberá ingresarse íntegra, sin que puedan admitirse cantidades á cuenta, sino en los casos que expresamente lo establezca el reglamento».

Siguiendo en su labor de definir las responsabilidades al pago del Impuesto, por razón del contribuyente, establece que «en las liquidaciones por transmisión de metálico y bienes muebles, por título de legado ó donación *mortis causa*, los herederos, testamentarios ó cumplidores de las últimas voluntades estarán directamente obligados á su pago, si los interesados, á cuyo cargo se giraran, no lo verifican, en cuyo caso descontarán la cantidad satisfecha de los bienes en que el legado ó donación consista. Si se tratara de Sociedades, las liquidaciones que se giren á nombre de una razón social se satisfarán por el Director ó Gerente, dirigiéndose en su caso la acción ejecutiva contra los bienes de la Sociedad; y si se produjeron por el concepto de disolución, se extenderán á nombre del socio respectivo, siendo de su cuenta el pago.

Esto es, concretado en pocas palabras, cuanto dispone esencialmente la legislación actual en punto á las personas obligadas al pago del Impuesto por los actos y contratos que lo devengan.

Versa la segunda parte de la pregunta que contestamos, sobre las facultades del Liquidador para determinar la naturaleza jurídica y contributiva de los actos y contratos.

Son estas facultades, atribuídas á los Liquidadores, consecuencia natural de las disposiciones que están llamados á aplicar. Al encomendárseles la parte esencial de la gestión del Impuesto, habían de tropezar en la práctica con árduas y complicadas cuestiones, que hacían necesario, al par que generales, sólidos conocimientos de la legislación común y muy especiales del Impuesto. Confirmando lo apuntado, vemos que, á cargo de los Contadores de hipotecas, antes de regir la ley Hipotecaria; al de los Liquidadores especiales, por ella creados, más tarde; á los Registradores de la propiedad después, y al de los Abogados del Estado en las capitales

de provincia y, bajo su inspección, en los partidos, al de los Registradores, según la vigente legislación, siempre se ha exigido á los Liquidadores cualidades muy especiales y probados conocimientos científicos. Con tales antecedentes, nada hay de extraño en que la ley les otorgue esa libérrima facultad, que, concedida y transcrita de reglamento en reglamento, la traduce el que hoy rige en el precepto que copiamos, y dice así: «el examen de los documentos y la calificación jurídica del concepto por que deben contribuir los actos ó contratos sujetos al Impuesto, es privativo de los Abogados del Estado y de los Liquidadores, sin perjuicio de la *acción fiscal*, que corresponde á la Intervención general y sus Agentes en provincias». Tampoco aquí es la letra tan exacta como fuera de desear en la expresión del concepto, puesto que, aun rechazándola, discute algún comentarista la posibilidad de que la Intervención general y sus Agentes alcancen en el ejercicio de sus atribuciones á invadir la exclusiva facultad de los Liquidadores en punto á calificación del concepto de contribución al Impuesto. Es claro que en manera alguna quiere la ley atribuirles esa facultad; pues como el mismo distinguido comentarista ya citado observa, sería absurdo suponer siquiera que, reconocida la necesidad de especiales conocimientos jurídicos para definir y calificar los actos y contratos, una vez hecha esta calificación por el funcionario facultativo en quien aquéllos concurren, pudiera otro cualquiera de la Administración que carezca de ellos enmendar la plana al primero. Apoya eficazmente esta explicación del precepto legal las mismas palabras *acción fiscal* que emplea para designar las funciones que la Intervención general ha de verificar en lo que al Impuesto se refiere, y que, aplicada en su acepción genuina y estrictamente á la gestión del Impuesto, no puede referirse á otra cosa que á las facultades que, como tenedor de libros del Estado, le competan para revisar las liquidaciones en cuanto toca á la exactitud de las operaciones aritméticas efectuadas por el Liquidador cuando aplica á la base por él fijada los tipos de la tarifa, así como si éstos son los mismos que en ella figuran con el propio número de orden, correspondiente al concepto jurídico que invoca el Liquidador para la exacción de la cuota oportuna.

Creemos que en la exposición breve de la materia queda perfectamente determinada la absoluta facultad de los Liquidadores para calificar los actos ó contratos en el terreno jurídico y del Impuesto, y, por consiguiente, contestadas las dos cuestiones que integran la pregunta del Programa que habíamos de analizar.

7.ª *Bienes muebles é inmuebles sujetos al pago por razón del territorio y de las personas.—Cómo contribuyen al Impuesto las Provincias Vascongadas y Navarra.*

Siendo la naturaleza del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes la de gravamen que pesa por regla general sobre el capital, es claro que afecta esencialmente á la riqueza constituída por las cosas muebles é inmuebles, en cuanto con ellas se realizan transmisiones, ó en cuanto sobre las de naturaleza inmueble se constituyen ó extinguen derechos de carácter real.

Este principio, consignado metódicamente en la base 1.ª del Apéndice letra *C*, de la ley de 26 de Diciembre de 1872, ha sido repetido en las leyes que se han dictado después, si bien en la de 25 de Septiembre de 1892 se han creado algunos casos de imposición del Impuesto que no en-

cajan perfectamente dentro de la esencialidad del mismo, como son los consignados en los números 7.º, 8.º y 9.º de su art. 1.º, que se refieren á las anotaciones de embargo que no sean consecuencia de persecución de hipoteca, á las de secuestro ó prohibición de enajenar, á las fianzas judiciales ó administrativas, á los contratos de ejecución de obras y á las pensiones de Montepíos de Notarios, gratificaciones, pensiones, jubilaciones y orfandades que los Bancos, Sociedades y Compañías otorguen con arreglo á estatutos, reglamentos ó cajas particulares á sus empleados ó á las familias de éstos, siempre que excedan de 1.500 pesetas, y por el núm. 10 del art. 2.º del Reglamento de 1.º de Septiembre de 1896, á las pensiones y rentas de cualquiera otra clase.

Por virtud de estas disposiciones, el impuesto grava hoy, además de los casos citados, las traslaciones de dominio de bienes muebles y las de derechos reales sobre los mismos, la constitución de éstos, las traslaciones de dominio de bienes muebles que se verifiquen por causa de muerte, ó por consecuencia de actos judiciales ó administrativos, ó contratos otorgados ante Notario; las transmisiones por endoso de las acciones y obligaciones de minas, y los préstamos personales y renovaciones de los mismos pasado un año, que estén reconocidos por documento autorizado por Notario ó funcionario administrativo ó judicial, ó que se realicen con garantía de efectos públicos, valores industriales ó mercantiles, siempre que intervenga en la operación Agente de Bolsa ó Corredor de Comercio. Además de éstos que cita la ley, pueden y deben incluirse entre los conceptos de imposición otros conceptos, que, sin reunir el carácter de transmisiones de bienes ni derechos reales no se expresan en el art. 1.º de la ley precitada, pero que se contienen en las tarifas unidas al reglamento, como son los arrendamientos de bienes inmuebles.

La primera disposición que se ocupa de determinar la naturaleza de los bienes muebles, é inmuebles, al efecto de declararlos ó no sujetos al pago del Impuesto de derechos reales, está contenida en el art. 63 del reglamento de 14 de Enero de 1873, según el cual, los bienes inmuebles y derechos reales en toda clase de actos y contratos, y los bienes muebles cuando se transmiten por un título hereditario, siguen la condición del territorio en que se hallan situados ó constituídos, cualesquiera que sean la nacionalidad ó derecho foral de las partes contratantes ó adquirentes y el lugar en que se otorgue el documento liquidable.

La transmisión de bienes muebles en virtud de acto judicial ó administrativo, de contrato otorgado ante Notario ó de otro título que no sea hereditario, queda sujeta al pago del impuesto establecido en el lugar en que se otorgue el contrato ó se dicte la providencia ó auto que produzca la transmisión, cualesquiera que sean la vecindad, residencia, nacionalidad ó derecho foral del adquirente.

Este precepto, repetido en la legislación de 1881, se encuentra variado en el art. 38 del reglamento vigente de 1.º de Septiembre de 1896, disponiéndose en él que los bienes inmuebles y derechos reales de todas clases, sea cualquiera el título por el cual se transmitan, y el acto ó contrato que produzca la transmisión, siguen la condición del territorio en que se hallan situados ó constituídos, cualesquiera que sean la nacionalidad ó derecho foral de las partes contratantes ó adquirentes, y el lugar en que se otorgue el documento liquidable.

Respecto á los bienes muebles, si no constase de un modo cierto el punto en que se hallen situados ó constituídos, se considerará que están en el lugar de la vecindad del adquirente.

Se declara que no están sujetos á las prescripciones del reglamento, y por tanto, que no están sujetos á devengo en la Península, si bien deberán pagar con arreglo á la legislación vigente en el punto donde se encuentren, los bienes sitos en las provincias y posesiones de Ultramar; disponiéndose, además, que los «títulos de la Deuda pública y las acciones ú obligaciones de Bancos, Sociedades ó Compañías mercantiles é industriales que tengan su domicilio en España, aunque se hallen constituídas ó depositadas en el extranjero, estarán sujetas al Impuesto; y que no obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, los títulos de la Deuda pública extranjera, así como los de Sociedades también extranjeras pertenecientes á españoles ó naturalizados en España, se consideraran sujetos al Impuesto cuando se transmitan por título hereditario».

Por virtud de la disposición expresada, se ve que, aparte de la excepción que contiene relativa á los bienes de todas clases sitos en Ultramar, que se funda en la base 2.ª de la ley de 30 de Agosto de 1896, la exacción del Impuesto obedece al Estatuto real en cuanto á los bienes de todas clases, ya sean muebles ó inmuebles ó derechos reales; no estando sujetos ó estando exentos los que se encuentren en el extranjero ó en las Provincias Vascongadas y Navarra, que son las únicas exentas en la Península; pero siempre que conste de una manera cierta el punto en que están sitos pues en otro caso, si son muebles, se sujetan á la condición del territorio en que se encuentre la vecindad del adquirente. Exceptuándose los títulos de la Deuda pública y las acciones ú obligaciones de Bancos, Sociedades ó Compañías mercantiles é industriales domiciliadas en España, que en todo caso están sujetas al Impuesto, y de la misma manera lo están los valores análogos extranjeros pertenecientes á españoles ó naturalizados en España cuando se transmitan por título hereditario.

Resumiendo la doctrina antes expuesta, se ve que, por razón del territorio, están sujetos al pago los bienes muebles é inmuebles y derechos reales que se encuentren en la Península é islas adyacentes, excepto los que lo estén en las Provincias Vascongadas y Navarra, y que por razón de las personas están asimismo sujetos los bienes muebles en que no conste de un modo cierto el punto en que se hallan situados ó constituidos, que siguen la condición de los sitos en el lugar de la vecindad del adquirente, y los títulos de la Deuda pública extranjera y los de Sociedades extranjeras pertenecientes á españoles ó naturalizados en España que se transmitan por título hereditario; viniendo á ser la disposición relativa á los títulos de la Deuda pública española y á las acciones ú obligaciones de Bancos, Sociedades ó Compañías mercantiles é industriales que tengan su domicilio en España, que se hallen constituídos en el extranjero, una excepción de los dos principios, que obedece sin duda á razones de alto interés nacional de carácter proteccionista.

Es de notar como complemento de la doctrina expuesta, que también existen bienes que no devengan impuesto por razón de las personas, en las adquisiciones que se realizan en favor de determinadas entidades jurídicas. Tal sucede con las adquisiciones á favor del Estado, que gozan de exención, con la extinción de la hipoteca en el caso de adjudicarse los bienes hipotecados al acreedor hipotecario, y en algún otro que sería prolijo enumerar.

Ya hemos apuntado la situación excepcional en que, en lo relativo á la exacción del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, se encuentran las tres Provincias Vascongadas y la de Navarra; excepción

que arranca en el terreno legal, respecto de las primeras, de la Real orden de 31 de Enero de 1867, en la que se dispuso que mientras no llegase el caso de la modificación de los fueros de las mismas, procedía la exención del impuesto hipotecario en las adquisiciones de los bienes situados en ellas, por más que el título de adquisición se hubiese obtenido en punto no exento.

El art. 1.º del reglamento de 14 de Enero de 1873 reconoció la exención á favor de las Provincias citadas y de la de Navarra, con arreglo á las leyes de 25 de Octubre de 1839 y 16 de Agosto de 1841, y esto mismo se hizo en el reglamento de 31 de Diciembre de 1881, y se consigna en el art. 1.º del reglamento vigente de 1.º de Septiembre de 1896.

En virtud de las expresadas disposiciones, las Provincias Vascongadas satisfacen el Impuesto por medio de encabezamientos de una cantidad fija anual, concertada por el Gobierno con las respectivas Diputaciones forales, teniendo algunas de éstas, como la de Vizcaya, establecido la exacción de este tributo, con su régimen peculiar y propio, con absoluta independencia del organizado en las demás provincias de España, si bien sea de notar que por Real orden de 17 de Octubre de 1894 el Estado haya venido á auxiliar en cierta medida la realización de este Impuesto, establecido en aquella provincia por la Diputación foral.

La legislación vigente, en cuanto al importe de los encabezamientos celebrados por las tres provincias vascongadas de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava, se encuentra contenida en el Real decreto de 1.º de Febrero de 1894, en el cual se señala á Vizcaya un cupo por este Impuesto de 499.747 pesetas anuales, asignando á Guipúzcoa el de 310.416, y á Alava el de 58.194 pesetas al año, que deben ingresar en plazos trimestrales.

En cuanto á la provincia de Navarra, amparada como se encuentra por la ley de 16 de Agosto de 1841, y á pesar de lo dispuesto en el artículo 24 de la misma, respecto de las rentas provinciales, á cuya clase de tributos pertenecían las antiguas alcabalas, es lo cierto que nada satisface al Estado por este concepto, al menos con el nombre de ingreso por el Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes.

8.ª *¿Qué bienes se consideran muebles y cuáles inmuebles para los efectos del Impuesto?—¿Cómo contribuye en este sentido la propiedad minera?*

Es de observar la distinta condición que desde muy antiguo se ha atribuído á los bienes en el terreno del Impuesto, según que aquéllos son muebles ó inmuebles; puesto que los inmuebles han venido siendo siempre gravados en su transmisión, al paso que los muebles, exceptuando el derecho de alcabalas y el creado por la Real cédula de 1798, no contribuyeron al Impuesto hasta 1864, en que se gravó su transmisión por título hereditario, y continuando en tal estado las cosas hasta la ley de 1873, que gravó por igual á todos los bienes adquiridos de tal modo, y creó el Impuesto sobre la transmisión de muebles por acto judicial, administrativo ó notarial. No es caprichosa la diferencia que las leyes han establecido siempre en la tributación, según que los bienes sean de una ú otra clase, antes bien representa un estudio sólido sobre la naturaleza de unos y otros; porque si los inmuebles tienen como condición la relativa inmutabilidad, es, por el contrario, el ser mudables y susceptibles de constante alteración el carácter más saliente de los muebles; lo que hace que el valor y rendi-

mientos de los primeros sean muy superiores á los de los demás bienes genéricamente apellidados muebles.

La vigente legislación parte también de la misma base y grava en distinta forma las transmisiones de unos y otros, excepción hecha de las *mortis causa*, siendo esta la razón de que hayamos de fijar el criterio legal que preside la calificación de los bienes en el terreno propio del Impuesto.

El principio fundamental lo establece el precepto que, copiado á la letra, dice así: «Los bienes que por su naturaleza, uso ó destino, aplicación ó adherencia, se consideran inmuebles ó raíces por el derecho común ó administrativo, satisfarán, en tal concepto, el impuesto que corresponda al acto ó contrato de que sean objeto.» Es, pues, claro que al derecho común y al administrativo habremos de atenernos para calificar los bienes de una ú otra manera. En el derecho *común*, el art. 334 del Código civil determina, aunque de manera poco científica, por lo casuística, los bienes que tienen la consideración de *inmuebles*, y los artículos 335 y 336 definen como bienes *muebles* «los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior (art. 334), y en general, todos los que se pueden transportar de un punto á otro, sin menoscabo de la cosa inmueble á que estuviesen unidos». Por virtud de varias disposiciones, el derecho *administrativo* califica además como inmuebles, entre otros, los puentes y barcas de paso retribuídos en establecimientos fijos; los hórreos y paneras que no forman parte integrante de otro edificio; las chozas, cuevas y demás lugares análogos que, en despoblado, sirven de albergue á guardas y pastores; los artefactos y maquinaria destinados al servicio de una fábrica, y los puestos ó cajones situados en las plazas públicas y mercados con carácter permanente.

La ley del Impuesto, de acuerdo con lo preceptuado en el Código civil, dice que «con arreglo á lo declarado en el art. 4.° de la ley Hipotecaria, no se considerarán bienes inmuebles los oficios públicos enajenados de la Corona, las inscripciones de la Deuda pública, ni las acciones ú obligaciones de Bancos y Compañías mercantiles ó industriales, aunque sean nominativas»; y en este lugar no detiene su atención en las rentas ó pensiones, sean vitalicias ó hereditarias, afectas á una persona ó familia, que el Código califica de muebles, cuando no gravan con carga real una cosa inmueble, como tampoco lo hace respecto de los contratos sobre servicios públicos, ni de las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios, porque les atribuye conceptos especialísimos de tributación, en razón á la naturaleza de estos actos y atendiendo á necesidades de actualidad. Sin embargo de la expresa disposición al principio copiada, establece que «cuando en un solo contrato, y por un solo título, se transmiten en conjunto y por un precio único bienes muebles, inmuebles y derechos reales, el tipo de liquidación será el correspondiente á los inmuebles»; entendiéndose esta disposición en el sentido de que no es bastante para que se exija el Impuesto, como bienes de distinta clase, el hecho de consignar el valor de cada uno de ellos separadamente, sino que ha de señalarse de manera expresa el precio que por cada uno ha de entregarse.

Otra consecuencia importantísima entraña la calificación de los bienes transmitidos, y es que de esta calificación depende en multitud de casos el que sea ó no exigible el Impuesto. En efecto, la ley vigente, que grava en todo caso la transmisión de bienes de una ú otra clase, conste ó no en documento, si se verifica por título hereditario ó *mortis causa*, y que cuando se refiere á la exacción por actos entre vivos tampoco re-

quiere instrumento público para gravar las de inmuebles, pues basta uno privado; si se trata de muebles, exige la existencia de un documento notarial, ó expedido por Autoridades judiciales ó administrativas. Debemos, no obstante, hacer constar que esta condición no es absoluta y para todo caso, sino consignada como base general, puesto que hay actos, como la amortización de obligaciones de sociedades, que están gravados siempre, aun cuando no consten en documento público.

Haciéndonos ahora cargo de la segunda cuestión que comprende la pregunta que examinamos, tócanos fijar el concepto contributivo de la propiedad minera en las distintas formas que reviste su transmisión: materia digna de estudio, por la importancia que tiene en España, como una de las principales fuentes de la producción nacional y base de riqueza, que el Estado no podía menos de explotar en su provecho. Es uno de los conceptos que en la legislación del Impuesto ha sufrido más alternativas, porque obedeciendo unas veces á miras proteccionistas, y otras á necesidades perentorias del Tesoro, fué sucesivamente gravada, exenta, y, por último, vuelta á gravar. La vigente legislación, como casi todas las anteriores, distingue en este punto el caso de que se transmita la mina misma del en que se transfieran las acciones, títulos representativos del capital de una Sociedad minera; y estimando justo establecer las diferencias que lógicamente se derivan de este doble aspecto de la *propiedad minera*, dispone que «contribuirá como bienes *muebles* ó como bienes *inmuebles*. Contribuirá en concepto de muebles, cuando esté representada por acciones nominativas y al portador, sea cualquiera el título de la transmisión y el documento en que se haga constar. Contribuirá como inmuebles, cuando no esté representada por acciones, bien se trate de la transmisión de la misma, ó de la constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre aquélla.» Es tan terminante el precepto, que creemos innecesario insistir en su examen, dados los antecedentes que quedan expuestos al tratar de la primera parte de esta pregunta.

Lo que sí haremos observar, es la forma subrepticia en que se introdujo en nuestros reglamentos. La ley especial de Minas de 6 de Julio de 1859 declaró exenta de todos los impuestos que ella no mencionara, la industria minera, y por consiguiente, del de hipotecas entonces vigente, y del cual no hacía mención. Tampoco fué gravado por las leyes de 1868 y 1869, ni por la de Presupuestos de 1872, que enumeró taxativamente los actos y contratos exentos, y no incluyó los referentes á minas; tampoco los gravó expresamente. Esto no obstante, al publicarse el reglamento de 14 de Enero de 1873 para la ejecución de esta última ley citada, apareció con el núm. 22 un artículo que establecía que la propiedad minera sería considerada como bienes muebles ó como inmuebles, según estuviese representada por acciones y transmitida por título hereditario ó documento público, ó que, no estándolo, se tratase de la transmisión de la mina, ó de la constitución, modificación ó extinción de derechos reales sobre la misma. Así pasó al vigente reglamento, aunque algo modificado, un precepto, cuya existencia no es debida al Poder legislativo, sino al exceso de celo en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

9.ª *Formas y solemnidades requeridas para los documentos en donde consten los actos y contratos liquidables.*

La naturaleza esencialmente jurídica del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, hace que, siendo su fundamento la legislación común ó civil, sean, por regla general, las formas y solemnidades de ésta las que se exijan para los documentos en donde consten los actos y contratos liquidables; esto no obstante, la naturaleza exclusivamente fiscal que reviste respecto del mismo el interés de la Administración, ha establecido reglas especiales, que permiten á las Oficinas liquidadoras mayor amplitud en la admisión de documentos, en beneficio, por lo general, del interés de los contribuyentes.

Desde luego es preciso hacer notar como principio fundamental en la materia, el precepto contenido en el art. 34 del reglamento, según el cual, el Impuesto se exigirá con arreglo á la verdadera naturaleza jurídica del acto ó contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado y prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar á su validez y eficacia; evidenciándose con esto, que si bien, para que pueda realizarse la liquidación del Impuesto, se exige la presentación del documento en que los mismos consten, en la forma que más adelante expondremos, la Oficina liquidadora es ajena al examen de los defectos que pudieran originar su invalidez, y que limitándose su misión á fijar el importe del devengo correspondiente al mismo por razón del Impuesto, señalado en las tarifas y en las disposiciones del reglamento, no necesita tener en cuenta ni le compete en modo alguno estimar los efectos legales que el mismo puede producir.

Sin embargo de esto, no es potestativo en los interesados presentar á liquidación los actos ó contratos que celebren en una forma que se limite á la indicación del acto ó contrato celebrado, pues coexistiendo con la legislación del Impuesto de derechos reales, la legislación civil, la notarial y la del Timbre del Estado, no puede prescindirse en la generalidad de los casos de exigir el cumplimiento de las disposiciones que rigen en unas y otras, sin lo que el funcionario encargado de la liquidación incurriría en responsabilidad por la infracción de las disposiciones contenidas en las mismas.

De estos principios se deduce, que, por regla general, los documentos que se han de presentar en las Oficinas liquidadoras han de ser en forma de testimonios, primeras ó ulteriores copias expedidas por el Notario autorizante ó por el que corresponda, con arreglo á la legislación notaria, extendidos en el papel timbrado correspondiente, y con todos los requisitos necesarios para que el funcionario encargado de la liquidación pueda formar juicio acerca de la calificación que corresponda al acto ó contrato que contenga, salvo el derecho que al mismo concede el artículo 400 del reglamento para reclamar de los interesados todos los documentos que haga precisos la práctica legal de la liquidación.

Cuando el acto ó contrato liquidable esté contenido ó nazca de un resolución de carácter judicial ó administrativo, la forma del document debe ser la de testimonio ó certificación, expedido por el actuario ó funcionario competente, en los términos que para esta clase de documentos exige la legislación común, ó la especial administrativa, extendidos en el papel timbrado correspondiente, sin perjuicio del reintegro que en su caso corresponda, y que será exigido por el Liquidador del Impuesto de

derechos reales como Liquidador é Inspector permanente del impuesto del Timbre que es, con arreglo al art. 75 del reglamento de 30 de Septiembre de 1896.

No obstante este principio general en cuanto á las formas y solemnidades que han de reunir los documentos que se presenten á la liquidación del Impuesto, los arts. 55 y siguientes del reglamento reconocen la presentación de documentos privados, los cuales no han de tener otros requisitos que aquellos que exige la legislación civil para efectividad del acto ó contrato realizado, y los que señale la legislación del Timbre del Estado, en cuanto al papel en que han de estar extendidos, salvo el reintegro que habrá de exigirse en otro caso.

En cuanto á los documentos públicos y privados expedidos en el extranjero y que han de surtir sus efectos en España, habran de reunir los requisitos de forma exigidos por la legislación civil de los respectivos países en que estuviesen otorgados y presentarse debidamente legalizados, con traducción auténtica de los mismos, autorizada por la Interpretación de lenguas del Ministerio de Estado ó por funcionario competentemente autorizado, y sujetarse al reintegro con arreglo á la ley española del Timbre que corresponda á los documentos análogos expedidos en España. El requisito de la traducción se exige asimismo en los documentos que pudieran presentarse extendidos en España en idioma ó dialecto que no fuese el castellano.

Las informaciones posesorias ó de dominio se presentan originales, toda vez que la liquidación y pago del Impuesto es requisito previo á la inscripción de las mismas en el Registro de la propiedad, y lo mismo sucede con las instancias que para la inscripción de fincas y derechos y cancelación de gravámenes se presentan al Registro de la propiedad en los casos en que así lo autoriza la legislación hipotecaria.

Las dificultades que con frecuencia suelen presentarse para la formalización de las testamentarías ó abintestatos en escritura pública, y la necesidad de facilitar á los interesados el pago, dentro de los plazos reglamentarios, del impuesto devengado por las mismas, ha dado lugar á las reglas especiales relativas á la forma de presentación de los documentos, contenidas en el art. 64 del reglamento, según el cual, si no se formalizasen los documentos públicos dentro del plazo reglamentario de seis meses ó, si se concediese prórroga, dentro del plazo máximo de un año, los interesados están obligados á solicitar liquidación provisional antes de que se cumplan dichos plazos, presentándose en la respectiva Oficina liquidadora:

1.° Declaración descriptiva y valorada de los bienes y derechos de todas clases que constituyan el caudal relicto.

2.° Certificación de defunción del causante, y primera copia de las disposiciones testamentarias, si las hubiere, y en su defecto, testimonio de la declaración de herederos.

3.° Relación de los herederos y legatarios, en que se exprese y justifique el parentesco de aquéllos con el causante y la participación de cada uno en el caudal hereditario.

En el caso de sucesión intestada, si no estuviese hecha la declaración judicial de herederos, se presentará relación de los que hubiesen solicitado la herencia, con determinación del grado de parentesco que alegaren.

En la presentación de estos documentos, si bien respecto de los que tienen carácter de públicos, y de los certificados de nacimiento y defunción, se exigen los requisitos generales de la ley civil y del Timbre del Estado,

no se exige más que el timbre de una peseta que señala la ley para las instancias que se presentan ante cualquiera Autoridad administrativa, y lo mismo sucede cuando se solicite la liquidación parcial de que habla el mismo artículo, al efecto de retirar el metálico, valores ó efectos depositados en Bancos y Sociedades ó casas particulares.

Respecto de la liquidación de los préstamos autorizada por Agente de cambio, no se exige otro requisito que la presentación de la respectiva póliza original, y lo mismo en las transmisiones por endoso de acciones ú obligaciones de minas, pues no exigiendo determinada solemnidad esta forma de transmisión, basta la extensión del mismo, autorizado por el endosante, para que pueda tenerse por hecha la transmisión á los efectos de liquidación del Impuesto.

Para la liquidación de las adquisiciones que se realicen por virtud de las pólizas de seguros sobre la vida, aunque nada especial se determina en la legislación del Impuesto, habrá de exigirse la presentación de la póliza original y de los documentos justificativos del derecho, procediendo de manera análoga en los demás casos que pudieran presentarse, teniendo en cuenta que todas las peticiones de liquidación que se dirijan á las Oficinas liquidadoras, deberán formularse en forma de instancia al Liquidador y en el papel timbrado de clase 12.ª, que señala el núm. 4.º del artículo 27 de la ley del Timbre, por tener aquellas Oficinas carácter administrativo.

10. *Reglas concernientes á la liquidación del Impuesto de los contratos de suministros, disolución de Sociedades, transmisiones en donde no consta precio y de las en que éste se haya aplazado.*

Constituído el gravamen del Impuesto sobre la transmisión de bienes muebles que tenga lugar por virtud de actos judiciales ó administrativos ó contratos ante Notario, según lo dispuesto en la ley de 25 de Septiembre de 1892, hoy vigente en este punto, es claro y terminante que, á pesar de no gravarlo ésta expresamente por apelativo propio, el contrato de *suministros*, cuyo concepto es sobradamente conocido para que nos detengamos en su examen y calificación jurídica, cae de lleno dentro del concepto general del Impuesto antes expresado. Reconociéndolo así el reglamento vigente, lo incluye entre los conceptos de la tarifa, como sujeto al Impuesto, y lo refiere, en cuanto al tipo de exacción, al de muebles de la misma tarifa. Ninguna dificultad puede ofrecer la liquidación del Impuesto por este concepto, cuando del texto expreso del contrato aparezca determinada con toda escrupulosidad y exactitud la cuantía del suministro en razón á los objetos y precio; mas, como en muchos casos, sobre todo cuando el contrato se refiere á adquisiciones que realizan en esta forma las Corporaciones, no pueden determinarse con la esperada y apetecida exactitud los dos puntos indicados, es evidente que la base imponible es también indefinida, y había, por tanto, de ser objeto especial de la previsión del legislador.

Ocurriendo á ella, dispone el reglamento en su art. 46 que «en los (contratos) que tengan por objeto el suministro de materiales, ropas, sustancias alimenticias ú otros efectos muebles destinados á establecimientos y obras públicas, provinciales ó municipales, la liquidación se hará desde luego por el total importe de las cantidades cuyo consumo ó necesidad se haya señalado en el presupuesto con sujeción al cual se verifica el contrato; pero una vez terminado éste, si el suministro no hu-

biese alcanzado á la cifra presupuesta, el interesado tendrá derecho á la devolución del exceso de lo liquidado que resulte, tomando por base el valor de los bienes realmente transmitidos, cuyo extremo se hará constar por medio de certificación librada por la Corporación que contratara el suministro». De lo expuesto se deduce que la liquidación que se practica en esta clase de contratos, aun cuando al girarla no se exprese así, tiene todo el carácter y condiciones de liquidación provisional, puesto que, con la presentación de la certificación que se requiere, hay méritos bastantes para la devolución de lo pagado por impuesto de la parte en que hubiere excedido lo presupuesto á lo suministrado.

Como al comenzar el estudio de este contrato, como materia imponible, hemos sentado que el tipo de exacción era el mismo que el correspondiente al concepto *muebles* según la tarifa, hemos de hacer observar que obedeciendo la tarifa á las prescripciones reglamentarias y disponiendo éstas, de acuerdo con la ley, el beneficio de menor tributación en favor de los establecimientos de *beneficencia ó instrucción pública* en todas las adquisiciones que en su favor se realicen, fijando el tipo de 0,10 por 100 sea cual fuere el título por el cual se adquieran, es lógico que, cuando de estos establecimientos se trate, habrá de aplicárseles al liquidar el Impuesto el concepto de *Beneficencia* ó el de *Instrucción pública*, según los casos.

Pasando á la materia de *Sociedades*, objeto de la pregunta en segundo lugar, comenzaremos por hacer notar el criterio de protección que informa en este sentido la vigente legislación, puesto que tratándose de verdadera transmisión de bienes muebles ó inmuebles y de todas clases, que del dominio particular de los socios pasen á la nueva personalidad social en virtud de la aportación de capital, no solamente lo exceptúa de la regla general en el momento de su aportación al constituirse, fijando el tipo de 0,50 por 100, sino que, cuando grava las transmisiones realizadas por virtud de la disolución social, dispone en algunos casos que esa adjudicación devengue solamente el 0,25 por 100, y tratándose de sociedades anónimas fija el 0,10 por 100 por emisión y amortización de esas obligaciones.

Hay que advertir, en todo caso, que está por completo exceptuada de las anteriores prescripciones, y se rige por reglas especiales, la aportación de bienes á la *sociedad conyugal* y contribuye por el tipo de 0,10 por 100.

Mas si es cierto que la ley dispone el apuntado beneficio en favor de las Sociedades para fomentar su utilísimo desarrollo y multiplicación, también lo es que ha de tomar precauciones de todas clases para que no se la defraude, ocultando en el acto de la disolución los bienes que realmente constituyan el haber social; por esta razón dispone el art. 44 que, «en los documentos relativos á liquidación ó disolución de Sociedades se habrá de acompañar forzosamente copia íntegra y autorizada del último balance, cuyo resultado podrá la Administración comprobar con los libros de la Sociedad en caso de duda»; y después, que «en la emisión y amortización de obligaciones, las Sociedades habrán de presentar certificado del acuerdo en virtud del cual se verifique y relación de los títulos con su valor y numeración».

Entrando ya á determinar las disposiciones que rigen para la exacción del Impuesto al disolverse las Sociedades y hecho constar que los bienes derechos aportados en el momento de su constitución contribuyen en roporción del 0,50 por 100 de su valor, dice el art. 13 del reglamento,

que «igual cuota satisfarán al tiempo de disolverse, convertirse ó transformarse dichas Sociedades, por las adjudicaciones ó transmisiones que se hagan á los socios ó á otra Sociedad de los bienes que constituyen el todo ó parte del capital social. Si en estos casos se adjudican al socio la misma clase de bienes que aportó (tratándose de bienes muebles, porque los inmuebles deberán ser siempre los *mismos* aportados para gozar del beneficio), sólo pagará el 0,25 por 100, en cuanto no exceda lo que se le adjudique de la cantidad aportada. En lo que la adjudicación ó participación exceda de lo aportado por el socio, devengará el 0,50 por 100». De igual manera se liquidará el Impuesto cuando se modifique la Sociedad por la separación de uno ó más socios, respecto de éstos, sin perjuicio de lo que en concepto de prórroga se devengue por la Sociedad formada por los demás que continúen, siempre que no estuviese previsto el caso en la escritura fundamental de su constitución.

Cuando las Sociedades emitan obligaciones, el capital efectivo desembolsado por los obligacionistas se considerará como préstamo y satisfará el 0,10 por 100, tanto á la emisión como á la amortización, debiendo exigirse el Impuesto por este último concepto, aunque la emisión se hubiere verificado en época en que aquel acto no estuviese gravado, sin perjuicio de que cuando las obligaciones tengan el carácter de hipotecarias, devenguen además el impuesto correspondiente á la hipoteca constituída en su garantía. En todos estos casos el impuesto se liquida y exige á la Sociedad, sin perjuicio qué ésta haga efectivo su importe de los obligacionistas cuando proceda.

Las Sociedades constituídas para la explotación *minera* satisfarán el impuesto establecido para las demás Sociedades, y de la misma suerte es aplicable lo expuesto á las de todas clases constituídas en el extranjero ó en territorio español donde no rija este reglamento, pero que hagan operaciones donde el citado impuesto se exige; debiendo contribuir por el mismo, y en la forma que las demás, por la parte de capital aportado que destinen según sus balances á dichas operaciones parciales.

Por una ficción legal deducida de la voluntad presunta, los que poseen bienes proindiviso se reputan que constituyen sociedad con dichos bienes como capital, y, en su virtud, dispone el reglamento que la división material de las cosas poseídas proindiviso se liquide por el concepto de disolución de sociedad, siempre que el título de adquisición no proceda de herencia, legado ó donación. Claro es, que razonando en el mismo sentido que informa esta disposición, el tipo aplicable será el correspondiente al caso en que en la disolución de sociedad se adjudiquen á un socio los mismos bienes que aportó, es decir, el 0,25 por 100.

Mucho habría que decir en la materia importantísima de la disolución de Sociedades, con solo examinar detenidamente las preinsertas disposiciones, que, no obstante su aparente precisión, se prestan en la práctica á distintas interpretaciones, dando lugar á reclamaciones contra las Oficinas liquidadoras, no siempre resueltas por los Centros superiores en el mismo sentido. Así, pues, nos abstendremos de entrar en esta clase de consideraciones, que nos llevarían á terreno distinto del en que debemos mantenernos.

Llegando por fin á la última parte de la pregunta, expondremos las disposiciones que rigen la materia á que aquélla se refiere. Para evitar las dilaciones y entorpecimientos en la realización del Impuesto que forzosamente tendrían lugar cuando se ignorase el valor de los bienes ó derechos objeto de la transmisión, lo mismo que cuando en los documento

en que se constituyen no se exprese la duración de las pensiones, cargas, etc., impone el reglamento á los interesados la obligación de acompañar declaración firmada en que lo consignen, por lo que toca al primer caso; y dispone, en el segundo, que las pensiones y cargas se considerarán como de tiempo ilimitado.

En los contratos en que medie precio, aunque éste haya de entregarse á plazos, la liquidación é inmediata exacción del Impuesto ha de hacerse siempre por su total importe. También es oportuno este precepto, que evita los pagos parciales indispensables, en el caso de que hubiera de exigirse el Impuesto por la adquisición correspondiente á cada entrega de precio; y muy conforme por otra parte con las condiciones que la ley civil exige para el perfeccionamiento de los contratos. Mas ha de entenderse siempre esto con absoluta independencia de lo procedente, cuando se trate de aplazamiento de precio que obedezca al cumplimiento de condiciones suspensivas ó resolutorias, que dan lugar en el terreno del Impuesto á resoluciones muy distintas. Para estos casos dispone el reglamento que «en los actos ó contratos en que medie alguna condición suspensiva, no se liquidará el Impuesto hasta que ésta se cumpla», haciendo constar el aplazamiento en los libros de la Oficina liquidadora y por nota en el documento; mas «si la condición fuere resolutoria, se exigirá desde luego el Impuesto, á reserva de devolverlo, con deducción del 50 por 100 de su importe», sea cual fuere el tiempo que hubiese subsistido el acto ó causado efecto el contrato. Al mismo criterio obedece el aplazamiento de la liquidación, expresamente fijado en el reglamento para los casos de litigio, transmisiones *mortis causa* de la nuda propiedad, cuando es desconocido el adquirente, y otros semejantes.

11. *Reglas especiales referentes á la liquidación del Impuesto en las sucesiones hereditarias.*

Entre las reglas especiales contenidas en el reglamento del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, relativas á la liquidación del mismo en las sucesiones hereditarias, figuran en primer término las relativas á la fijación ó determinación del caudal ó base liquidable, contenidas en los artículos 76 y siguientes del reglamento, con arreglo á los cuales, y de conformidad con lo prevenido en el art. 7.° de la ley de 31 de Diciembre de 1881, la Administración, por medio de sus agentes, puede comprobar en todos los casos el valor declarado á los bienes y derechos reales que son objeto del Impuesto, con los datos que posea y pueda adquirir, acudiendo en último termino á la tasación pericial, en cuya operación se dará la debida intervención al contribuyente.

Los medios ordinarios de comprobación son el padrón ó amillaramiento de riqueza territorial; el canon de superficie respecto á la propiedad minera; los precios medios de venta según los datos existentes en el Registro de la propiedad ó publicaciones de carácter oficial; el precio en que, según la última enajenación, fuesen vendidos los bienes de cuya transmisión se trate, y las cartillas evaluatorias de riqueza.

La tasación pericial se considerará como medio extraordinario de comprobación, debiendo acudirse á ella tan sólo cuando los ordinarios antes indicados no produzcan el resultado de conocer el verdadero valor de los bienes y derechos reales, ó cuando los interesados no acepten el valor que la Administración señale, ateniéndose á los medios citados.

Sin entrar en más detalles respecto de esta materia que es objeto de

otra pregunta del Programa, debemos manifestar que, una vez fijado el valor de los bienes que han de servir de base á la liquidación, y hecha la calificación jurídica del acto que conste en el documento que es objeto de la liquidación, el liquidador habrá de ajustarse principalmente á las reglas contenidas en los artículos 99 y siguientes del reglamento, en relación con los señalados con los números 33, 34 y siguientes, teniendo en cuenta que, la adquisición en las herencias y legados se entiende siempre verificada el día del fallecimiento del causante, aun cuando se trate de sucesión abintestato, y sea cualquiera la fecha en que se haga la declaración de herederos.

En las sucesiones hereditarias, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan por su conveniencia propia ó por sus fines particulares, han de considerarse para los efectos del Impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad proporcional de lo bueno, mediano é inferior, en bienes muebles é inmuebles y derechos, ya estén éstos sujetos al pago ó exentos por la condición del territorio en que se hallen situados, y, por consecuencia, cualquier aumento que en la comprobación de valores de aquéllos resulte, se prorrateará entre los distintos adquirentes ó herederos.

La liquidación que en cada caso habrá de girarse á nombre de cada interesado ó adquirente en el plazo de ocho días, á contar desde que fuese aprobada la comprobación de valores, ó en que el interesado se conformase con el mayor valor resultante de la misma, se ajustará á la escala gradual de tipos señalada en el art. 21 del reglamento, según el cual la transmisión de bienes de todas clases y derechos reales que se verifique por sucesión á título de herencia, legado ó donación *mortis causa*, pagará con arreglo al grado de parentesco entre el causante ó donante y el adquirente, con sujeción á los tipos siguientes:

Entre ascendientes y descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, 1 por 100.

Cónyuges en la porción ó cuota usufructuaria que adquieran en concepto de legítima ó por ministerio de la ley, 1 por 100.

Ascendientes y descendientes naturales, los hijos legitimados por rescripto Real y los adoptados, 2 por 100.

Cónyuges en la parte que exceda de la legítima usufructuaria, 3 por 100.

Colaterales de segundo grado, 4 por 100.

Idem de tercero íd., 5 por 100.

Idem de cuarto íd., 6 por 100.

Idem de quinto íd., 7 por 100.

Idem de sexto íd., 8 por 100.

Idem de grado más distante del sexto y extraños, 9 por 100.

Las herencias y legados en favor del alma del testador se liquidarán á razón del 1 por 100, y si fueran á favor del alma de otras personas, tributarán por el tipo correspondiente al parentesco que exista entre éstas y el causante de la herencia ó legado.

Si en virtud de lo dispuesto en el art. 838 del Código civil, se hiciera pago al cónyuge de su haber legitimario en forma ó concepto distinto del usufructo, devengará, no obstante, el 1 por 100; pero siempre que en cantidad ó calidad no exceda lo que se le adjudique ó reconozca de lo que por su cuota ó legítima le corresponda. En lo que de ésta exceda satisfará el 3 por 100.

Se ve, por tanto, que la legislación vigente, teniendo en cuenta la pro-

ximidad del parentesco, y por consiguiente, la esperanza más ó menos remota de adquirir los bienes de una persona, señala distintos tipos á cada grado, mayores cuanto más se alejan del causante, principio socialista, cuya defensa no tiene otro apoyo que el interés del Fisco.

Los grados de parentesco á que se refiere el reglamento son todos de consanguinidad, y han de regularse, así como las demás circunstancias relativas á la condición y capacidad de las personas, por la ley civil.

Los parientes por afinidad se considerarán extraños para los efectos del Impuesto, y lo mismo los parientes naturales, salvo en la línea recta.

Los descendientes en línea directa de los hijos legitimados por rescripto Real y los de los adoptivos serán considerados como naturales con relación al legitimante ó adoptante, y los demás parientes lo serán con respecto á estos últimos, como extraños.

Los indicados tipos de liquidaciones que se aplican sin distinción á toda clase de bienes transmitidos por herencia, legado ó donación *mortis causa*, no excluyen en lo que á pensiones constituídas por testamento se refiere la aplicación de lo preceptuado en el art. 9.° del reglamento, según el cual pagarán, si son vitalicios ó sin tiempo ilimitado, el 2 por 100 del capital de la pensión, y si fuese temporal, el 0,40 por 100 del capital de la pensión por cada dos años de duración, pero sin que pueda exceder del 2 por 100 del capital de aquélla. El importe de este capital se fijará siempre, en el caso de sucesión hereditaria, á razón del 5 por 100 sobre su importe anual.

La transmisión por herencia, legado ó donación *mortis causa* de créditos ilíquidos ó de cuantía desconocida, y las de los que siendo líquidos no sean exigibles á plazo cierto y determinado, no contribuirán hasta que se realicen, previa la oportuna garantía, que consistirá en una obligación á favor del Tesoro, que obrará en sus Cajas hasta su realización.

El plazo para presentarse a verificar el pago del Impuesto correspondiente á dicha transmisión comenzará á contarse desde el día siguiente al en que se realice.

Las transmisiones también por título lucrativo de créditos líquidos con vencimiento fijo, siquiera no sean exigibles de presente, contribuirán desde luego.

Es de notar como regla especial, aplicable á esta clase de transmisiones, que no cabe admitir en las adjudicaciones de bienes adquiridos por herencia la de bienes, á los que por ser de dudoso cobro ó por otra razón cualquiera no se les asigne valor, según así se declaró por Real orden de 24 de Noviembre de 1892.

Cuando el testador dispusiere de sus bienes sustituyendo unos herederos á otros, se pagará el Impuesto en cada sustitución con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante.

Si los herederos instituídos en tal concepto no tuviesen derecho en ningún caso á disponer de la herencia, ya por actos entre vivos ó por causa de muerte, se reputarán como meros usufructuarios; pero si no se les pone aquella limitación, ó, estableciéndola, lo fuese con condición resolutoria, se liquidará por la plena propiedad sin derecho á devolución alguna, aun cuando por cumplirse la condición impuesta haya de pasar la herencia al sustituto designado.

Si la condición impuesta al heredero fuese la de que para disponer de os bienes libremente haya de acreditar su necesidad enajenando antes os suyos propios, la adquisición se entenderá en plena propiedad y liquidará en tal concepto cuando se cumpla la condición. Del mismo modo se

liquidará cuando el cumplimiento de la condición, con tal objeto impuesta, dependa de la exclusiva voluntad del instituído el día en que tenga efecto.

Todos los tipos de liquidación que se señalan en el art. 21 del reglamento, se aplican á las adquisiciones hereditarias, tanto en plena propiedad como en usufructo; pero siendo muy distintos los derechos que se adquieren sobre los bienes en uno y otro concepto, el legislador ha cuidado siempre de establecer una distinción entre las adquisiciones en plena propiedad y en usufructo.

En la legislación que rigió desde 1.º de Agosto de 1845 á 31 de Diciembre de 1872, esta distinción se estableció señalando en la tarifa tipos diferentes á las adquisiciones de una y otra clase, que generalmente eran para las del usufructo la cuarta parte de los señalados á la plena propiedad; pero la complejidad y multiplicación de tipos diferentes que esto trajo consigo, hizo necesario adoptar un medio que, dando el mismo resultado, evitase aquellos inconvenientes, y esto se consiguió en el reglamento de 14 de Enero de 1873, rebajando el valor que había de servir de base para la liquidación en lugar de hacer la rebaja en el tipo, y fijando, por tanto, la cuantía de aquel derecho en el 25 por 100 del valor de los bienes, asignando el 75 por 100 restante al valor de la nuda propiedad. Esta legislación ha sido la vigente en esta materia hasta que, por la ley de 30 de Agosto de 1896, se ha fijado el valor del usufructo en el 50 por 100 de aquel valor y el de la nuda propiedad en el 50 por 100 restante.

Por virtud de esta disposición, en los usufructos de carácter general constituídos por testamento ó por ministerio de la ley, abonará el usufructuario el impuesto que le corresponda sobre *el* 50 *por* 100 *del valor total* de los bienes, y el nudo propietario lo satisfará sobre el 50 por 100 restante, sin perjuicio de que en su día, cuando por extinguirse el usufructo se consolide en él la plena propiedad, complete el pago del impuesto abonando el que proceda por el resto del valor de los bienes adquiridos.

Esto debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 52 del reglamento, respecto del caso en que el nudo propietario sea incierto, con arreglo á los principios generales del derecho, pues entonces se aplazará el pago del Impuesto correspondiente á la nuda propiedad hasta que pueda hacerse la determinación de la persona del heredero nudo propietario.

El fundamento de esta excepción se encuentra en el principio general de suspensión de la exacción del Impuesto en las adquisiciones afectas de una condición suspensiva, pues claro es que reune este carácter la que suspende la determinación de la persona del heredero.

Es de notar también en esta materia, aunque ligeramente, por ser lo relativo á cargas deducibles, objeto de distinta pregunta del Programa, que en la fijación del valor, base de la liquidación, se han de tener en cuenta las cargas deducibles, con arreglo á los artículos 74 y 75 del reglamento; que las pensiones que los padres constituyen á favor de sus hijos con ocasión del matrimonio se liquidarán por el concepto de anticipo de legítima sobre el capital de las mismas, debiendo tomarse en cuenta al liquidar la testamentaría las sumas satisfechas en este concepto, siempre que su importe se colacione, y finalmente, que con arreglo á lo dispuesto en el art. 103 del reglamento, en las liquidaciones por transmisión de metálico y bienes muebles por título de legado ó donación *mortis causa*, los herederos, testamentarios ó cumplidores de las últimas vo-

lantadas, estarán directamente obligados á su pago si los interesados á cuyo cargo se giraran no lo verifican, en cuyo caso descontarán la cantidad satisfecha por el impuesto de los bienes en que el legado ó donación consista.

12. *Liquidación de la transmisión de créditos á título lucrativo de los contratos condicionales, nulos y rescindibles, y de las adquisiciones en virtud de retracto legal.*

Al tratar de la liquidación del Impuesto por transmisión de créditos, lo primero que ocurre es examinar el título de transmisión, que puede ser oneroso ó lucrativo, y después la cuantía ó entidad del crédito. Ninguna dificultad ofrece la liquidación en el caso de transmisión á título oneroso de créditos líquidos de cuantía conocida, pues se reduce en este caso á aplicar directamente el tipo de imposición al precio, que es la base imponible. Tampoco ofrece duda la transmisión por título lucrativo en crédito de cuantía conocida, pues se aplica en la misma forma por el concepto de *donaciones*. Mas cuando se trata de créditos *ilíquidos* ó de cuantía desconocida, y de los que siendo líquidos no sean exigibles á plazo cierto y determinado, falta la base de imposición en un caso y la verdadera transmisión de dominio en el otro; dificultades que obvia el reglamento, disponiendo que «no contribuirán hasta que se realicen, previa la oportuna garantía, que consistirá en una obligación á favor del Tesoro, que obrará en sus Cajas hasta su realización. El plazo para presentarse á verificar el pago del impuesto correspondiente á dicha transmisión, comenzará á contarse desde el día siguiente al en que se realice». La transmisión también por título lucrativo de créditos líquidos con vencimiento fijo, siquiera no sean exigibles de presente, contribuirá desde luego.

Entrando á examinar las transmisiones condicionales, estableceremos, siguiendo el reglamento, la distinción capital de condiciones suspensivas y resolutorias, puesto que, como vamos á ver, producen efectos completamente distintos al liquidar el Impuesto. «En los actos ó contratos en que medie alguna condición suspensiva, no se liquidará el impuesto hasta que ésta se cumpla, haciéndose constar el aplazamiento de la liquidación en los libros de la Oficina liquidadora, y por nota en el documento, á fin de que conste dicha circunstancia en la inscripción de los bienes»; precepto ajustado á la razón, porque sería inicuo exigir el pago por una transmisión que no es efectiva hasta que tenga cumplimiento la condición estipulada. Razonando en sentido opuesto, y atendiendo á que el cumplimiento de la condición resolutoria representa algo como la rescisión de lo convenido, y no existe, por tanto, en provecho del adquirente la utilidad, razón del Impuesto, de una manera perdurable, la ley dispone con acierto que «si la condición fuere resolutoria, se exigirá desde luego el impuesto, á reserva de devolverlo con deducción del 50 por 100 de su importe por el tiempo, sea el que fuere, que hubiere subsistido el acto ó causado efecto el contrato».

En el mismo criterio se inspira el reglamento al establecer, que «cuando no pueda conocerse de una manera cierta en las transmisiones *mortis causa* quién sea el adquirente de la nuda propiedad, se aplazará la liquidación del Impuesto, y no tendrá lugar ésta hasta que pueda hacerse dicha determinación»; puesto que tratándose de persona incierta para la adquisición, habrá que esperar forzosamente para exigir el Impuesto, que se de-

termine en forma legal la persona obligada por la ley á satisfacerlo. Hubiera sido muy de alabar que la vigente legislación, ateniéndose á r. sonables precedentes, consignara el mismo aplazamiento para todos los casos en que se transmita aisladamente la nuda propiedad, que si tratándose de bienes inmuebles puede ser utilizable con más ó menos facilidad por el adquirente, es en cambio muy difícil de enajenar, y siempre en condiciones onerosísimas, si se trata del usufructo de bienes muebles, como el metálico y valores.

También son muy dignos de estudio, y por tal razón el legislador les dedica preferente atención, los efectos que en la contratación producen la nulidad y rescisión de los actos y contratos. Es evidente que el acto nulo ó el contrato rescindido no produce todos los efectos de uno perfecto é irrevocable, y natural, por consiguiente, que la ley no los equipare; mas como se prestaría á innumerables abusos la devolución en todo caso del impuesto satisfecho por actos de tal naturaleza, no puede quedar sujeta á la voluntad de los contratantes la determinación de la causa origen de la devolución. Así, pues, dispone el reglamento la necesidad de que la rescisión ó nulidad se declare judicial ó administrativamente, y concreta el caso en los siguientes términos:

«La nulidad y rescisión de los actos ó contratos, cuando se declare judicial ó administrativamente, y se acredite que dichos actos ó contratos no produjeron ningún efecto lucrativo á la persona á quien perjudique aquella declaración, darán derecho á que se devuelva la cantidad que se hubiere abonado por el Impuesto, siempre que se reclame dentro de los cinco años siguientes á la fecha de la resolución judicial ó administrativa.»

«Si el contrato ó acto que se anule ó rescinda produjere algún efecto lucrativo, sólo procederá la devolución del 50 por 100 del Impuesto satisfecho.»

«Si la rescisión se verifica *voluntariamente* por mutuo acuerdo de las partes contratantes, no habrá lugar á la devolución de lo pagado.»

Tratando, por fin, de la liquidación del Impuesto por adquisiciones en virtud de retracto legal, haremos observar que, en tal caso, como al retraer se rescinde la primitiva enajenación sin que cause efecto alguno, es indudable que el retrayente adquiriere de nuevo por título de venta, quedando subrogado en los derechos del primer comprador; pero obligado el retrayente por la ley civil á reintegrar al primitivo comprador todos los gastos y pagos legítimos realizados por razón de la venta, el reglamento dispone que «el que adquiere una finca ó derecho real enajenable á virtud de retracto legal, no está obligado á satisfacer el Impuesto si el comprador ó adquirente de quien la retrae lo hubiere satisfecho ya, cuyo Impuesto se aplicará al primero, por estar subrogado en el segundo, á tenor de lo preceptuado en el art. 1518 del Código civil»; por donde se ve que es condición precisa, para la exención de pago del retrayente, la justificación de haber tenido lugar por el primitivo comprador. Si se diere el caso de que, por no haberse presentado todavía á liquidación el documento otorgado con ocasión de la primera venta, «se presentase á la vez á la liquidación del Impuesto la escritura del retrayente y la del comprador de quien se retrae, sólo se liquidará la primera, haciéndolo constar así en la segunda por medio de la nota oportuna»; puesto que sería inútil practicar, en razón á la primera venta, una liquidación que en rigor está obligado á satisfacer el retrayente por disposición legal.

Aun cuando no sea materia cuyo estudio prevenga el enunciado

esta pregunta, es oportuno consignar que rechazado por la ley el concepto de condición resolutoria que se quiso atribuir en el terreno del Impuesto á las retroventas convencionales, y descartado, por tanto, el imaginario derecho á devolución en caso de retracto, la legislación vigente, no sólo grava las ventas con pacto de retro de la misma manera que las no condicionales, sino que impone gravamen al acto de ejercitar el derecho, así como al de la transmisión de este derecho por contrato y por herencia, aunque distinguiéndolos en cuanto á la base y tipo de liquidación.

13. *Determinación del valor ó base contributiva en las transmisiones de bienes, en los derechos y en los préstamos de cuantía desconocida.—Cuándo se entienden transmitidos bienes, y cuándo derechos.*

El Impuesto de derechos reales y transmisiones que por regla general grava la riqueza, ó sea el capital en el momento de verificarse su transmisión ó de realizarse en aquélla determinadas manifestaciones, y que se determina en cuanto á su cuantía por un tanto por ciento consignado en las tarifas, exige indispensablemente como primer término de la relación que esto entraña, la fijación del valor ó base contributiva. La fijación de esta base obedece al principio general contenido en el párrafo primero del art. 67 del reglamento, según el cual la base para la liquidación del Impuesto es el verdadero valor de los bienes y derechos sujetos al mismo.

Este principio de unidad en la materia no excluye, sino antes bien exige, la conveniente variedad en la determinación del valor en cada una de las distintas manifestaciones de la riqueza, á lo cual atiende el mismo artículo, ordenando que el valor de los bienes se fijará, ó aceptando el que resulte del precio en venta, ó el declarado por los interesados, ó el que se obtenga por la comprobación administrativa.

Tratándose de transmisiones de bienes ó derechos reales, se tomará como base para la liquidación el precio en venta cuando se trate de transmisiones á título oneroso, en que los interesados ó contratantes le hayan fijado en el contrato, y no existan motivos fundados para suponer disminuidos los valores declarados; en todos los demás casos, la Administración, partiendo de los valores declarados, fija el verdadero valor de los mismos, al efecto de considerarle como base contributiva, en vista del resultado de la comprobación de valores, que habrá de practicarse con arreglo á las prescripciones de los artículos 76 y siguientes del reglamento de 1.° de Septiembre de 1896, reglas de que no podemos ocuparnos aquí, por ser objeto especial de otra pregunta del Programa.

No podemos dispensarnos, sin embargo, de consignar que entre las disposiciones que se han de tener presentes para fijar el líquido capital, precio, valor ó estimación, que constituye la base de la liquidación del Impuesto, figura como una de las más importantes la relativa á determinar la cuantía y clase de las cargas deducibles.

Por tales se entienden las que disminuyen realmente el capital, precio, valor ó estimación de la cosa, ó sean censos, pensiones ó demás gravámenes de naturaleza perpetua, temporal ó redimible que afecten á los bienes; ero no las hipotecas en garantía de préstamos, ni las fianzas constituídas bre los inmuebles ó derechos reales, salvo el caso, en las transmisiones *ortis causa*, de existir deudas *hereditarias*, siempre que se acredite su istencia en la forma que expresa el art. 75 del reglamento, por medio documento público ó privado de indudable legitimidad y bastante á

hacer fe en juicio, con arreglo á lo prevenido en el art. 1429 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El valor, base de la liquidación de los derechos reales, se fijará conforme á las siguientes reglas:

1.ª El de cada uno de los derechos de usufructo, nuda propiedad, uso y habitación, se estimarán en el 25 por 100 del valor de la finca ó capital transmitido.

2.ª En los usufructos de carácter general constituídos por testamento, abonará desde luego el usufructuario el impuesto que le corresponda sobre el 50 por 100 del valor total de los bienes, y el nudo propietario, salvo el caso de que fuere incierto, lo satisfará sobre el 50 por 100 restante, sin perjuicio de que al extinguirse el usufructo, y cuando por esta causa se consolide en él la plena propiedad, complete el pago del Impuesto, abonando el que proceda por el resto del valor de los bienes transmitidos.

La transmisión por título oneroso de los derechos de usufructo, uso, habitación y de la nuda propiedad ya constituídos, se sujetará á la regla general que señala como base el precio del contrato, salvo la facultad de la Administración para comprobarlo, cuando, con relación al valor de los bienes sobre que están constituídos, puedan estimarse los valores por la comparación entre el valor asignado en el contrato y el que resulte de la valoración fijada por el reglamento en las disposiciones precitadas. Lo mismo sucede en las transmisiones por cualquier título de los censos, aparte de las reglas consignadas para la determinación del valor en las constituciones y redenciones de los mismos, que son objeto de otra pregunta del Programa.

La base de liquidación de los préstamos simples, ó sean sin hipoteca, es siempre, en los que se hacen en metálico, la cantidad entregada en tal concepto, ó la suma que el prestatario reconoce adeudar, y en otro caso, el valor de las cosas que se dan en mutuo, con arreglo al art. 1754 del Código civil; pero como pueden otorgarse contratos de préstamos en que no se determinen desde luego su cuantía, como sucede en los créditos con garantía de efectos públicos ó en las cuentas corrientes que se abren á favor de determinada persona, siempre que esto se consigne por contrato ante Notario, ó por documento autorizado por funcionario administrativo ó judicial, ó en los que intervenga Agente de Bolsa ó Corredor de Comercio, en todos estos casos tendrá lugar la liquidación y exacción del Impuesto, así como la fijación del capital, al liquidarse anualmente el crédito, ó antes, si antes terminase la operación; determinándose en uno y otro caso dicha cuantía por el importe del capital que realmente hubiere utilizado el prestatario, que se obtendrá por el que resulte de la capitalización de los intereses devengados al tipo á que se hubiese hecho la operación.

Por virtud de esta disposición, el liquidador á quien se presente un documento de esta clase, tiene el deber de consignar en la nota que habrá de estampar en el documento, la obligación que tiene el prestatario de presentarse anualmente á liquidar el Impuesto que corresponda.

De lo anteriormente expuesto se deduce, como resumen ó aclaración del sentido del texto legal, que, cuando por virtud de un contrato ó de sucesión testamentaria ó intestada en el caso del usufructo vidual, se transmiten con separación los cuatro derechos mencionados de nuda propiedad, usufructo, uso y habitación, se fijará el valor de los mismos, en cada uno de los dos primeros, en el 50 por 100 del valor de los bienes que afectan, y en los dos últimos, en el 25 por 100 de este mismo val

En el reglamento de 25 de Septiembre de 1892, se consideraba con mayor exactitud matemática que cada uno de dichos derechos representaba el 25 por 100 del valor de los bienes, de donde se deduce que si fuere posible transmitir simultáneamente á diferentes personas cada uno de dichos cuatro derechos, forzosamente habría de liquidarse con exceso sobre el valor del inmueble, ó no infringirse el precepto reglamentario; pero en la práctica no puede haber dificultad, pues no se concibe fácilmente la transmisión de los derechos de uso y habitación separados de los del usufructo, y la regla fijada es más bien una relación respecto al valor total del inmueble que una verdadera distribución de este valor en partes alícuotas.

El art. 68 del reglamento determina que las mencionadas reglas de valoración de los derechos citados es aplicable, en general, cuando se trate de la transmisión particular de alguno ó algunos de los mismos derechos, siendo preciso, conforme al artículo siguiente, para que se estimen transmitidos derechos y no bienes, que el que transmite se reserve, ó la nuda propiedad, ó alguna ó algunas de las servidumbres personales referidas en la regla 1.ª del art. 67, ó sean las de uso ó habitación.

Si se reservase algún derecho real, pensión, censo, servidumbre ú otro análogo, se reputará el acto como transmisión de bienes y no como transmisión de derechos.

La razón de esta diferencia se encuentra en que la legislación del Impuesto no admite otras *participaciones* del dominio que las de los cuatro derechos citados, pues los demás derechos reales se consideran únicamente como *limitaciones* de aquél, y por consiguiente, tratándose del caso previsto en este último párrafo, ó sea cuando el transmitente se reserve el derecho de censo, servidumbre, pensión, etc., se liquidará el Impuesto á favor del adquirente sobre la totalidad del valor de los bienes transmitidos, sin deducción alguna, y se liquidará asimismo á favor del transmitente la constitución del derecho real de censo, servidumbre, pensión ú otra que corresponda; no conteniendo otra disposición especial la legislación fiscal en este punto que la consignada en el art. 9.° del reglamento vigente, acerca de la liquidación de las pensiones que se constituyan á cambio de la cesión de bienes, en las que el Impuesto correspondiente al valor de los bienes cedidos, en cuanto no exceda del importe del capital de la pensión, no se satisface hasta que ésta se extingue.

14. *Cómo se liquida la adquisición del dominio de bienes hecha por quien tenía sobre ellos algún derecho real.—Cómo la transmisión de derechos y acciones.*

De los términos en que aparece redactada esta pregunta del Programa pudiera creerse que se trataba de la liquidación de actos ó contratos en cuya virtud se transmitan bienes en favor de persona que tuviese sobre ellos un derecho real de cualquiera clase; mas como en este caso podría darse á la pregunta una contestación que, por lo extensa, ocuparía más lugar que el concedido á ésta, debemos suponer que la pregunta se concreta al caso en que el adquirente de los bienes ó derechos sea ya dueño de alguno de los derechos de *usufructo, uso, habitación ó nuda propiedad* en los bienes transmitidos.

Partiendo de esta base, y teniendo en cuenta que la de liquidación del impuesto ha de ser fijada por la Administración, comenzaremos por sentar que «la base para la liquidación del impuesto es el verdadero valor

de los bienes y derechos sujetos al mismo», entendiéndose que, para determinarlo, se atiende en los *bienes* al precio en venta, al declarado por los interesados, ó al que se obtenga por la comprobación administrativa (por las cotizaciones oficiales en los valores cotizables, y por la capitalización al 5 por 100 del líquido imponible, por territorial, en los inmuebles); y el de los *derechos*, en la forma que expresa el art. 67 del vigente reglamento.

Refiriéndonos á los cuatro derechos anteriormente nombrados, y que el reglamento califica de *servidumbres personales*, hemos de empezar por examinar la consideración que tienen en el terreno del Impuesto según los casos.

Hasta la vigente en la actualidad, se atribuía por las leyes anteriores á la *plena propiedad* un valor de 100 unidades, y, en su consecuencia, cada uno de los enunciados derechos, cuando se transmitía por separado, se valuaba en el 25 por 100 del valor total, no siendo en el caso de usufructo general constituído por testamento ó por ministerio de la ley, pues entonces se estimaba el usufructo en el 25 por 100 y la nuda propiedad en el 75 por 100 restante. No hacemos, pues, hincapié en este punto, por cuanto, modificado este criterio por la vigente ley, sólo tienen importancia en la liquidación de los actos causados con anterioridad que se presenten al pago por extinción de los relacionados derechos.

En el día se estima el valor de cada uno de los derechos de *usufructo* y *nuda propiedad* en el 50 por 100 del valor de los bienes, y el de los de *uso* y *habitación* en el 25 por 100, cada uno, del valor de los mismos bienes sobre que están constituídos. Esto en el caso de transmitirse aisladamente; porque «en los usufructos de carácter general constituídos por testamento ó por ministerio de la ley, abonará el usufructuario el impuesto que le corresponda *sobre el* 50 *por* 100 *del valor total de los bienes*, y el nudo propietario (salvo lo dispuesto en el caso de que éste sea incierto) lo satisfará *sobre el* 50 *por* 100 *restante*; sin perjuicio de que, en su día, cuando por extinguirse el usufructo se consolide en él la nuda propiedad, complete el pago del impuesto abonando el que proceda por el resto del valor de los bienes adquiridos». Esta diferencia de efectos, según la forma de transmisión, la establece más concretamente el reglamento en su art. 68, que dice que «la regla 1.ª de las expresadas en el artículo anterior es aplicable en general cuando se trate de la transmisión particular de alguno ó algunos de los derechos que en ella se consignan», fijando en el 69 que «para que se consideren transmitidos derechos y no bienes, á los efectos del artículo anterior, es preciso que el que transmite se reserve, ó la nuda propiedad, ó alguna ó algunas de las servidumbres personales referidas»; pues «si se reservase algún derecho real, pensión, censo, servidumbre ú otro análogo, se reputará el acto como transmisión de bienes y no como transmisión de derechos».

Ahora bien: el que es dueño de alguno de los derechos de que tratamos, constituído sobre bienes cuya propiedad, en el resto del dominio desmembrado, adquiere por virtud de nueva transmisión, ¿en qué forma y cuantía ha de satisfacer el impuesto correspondiente á esta segunda adquisición? Si por la primera ha pagado ya en proporción á la base establecida por la ley como valor del derecho ó derechos que con anterioridad adquirió, no sería justo que en la segunda transmisión devengara el impuesto por el total valor de los bienes que vienen á constituirse en su dominio pleno por tal acto, sino que es lógico que se tenga en cuenta lo primeramente satisfecho y su cómputo para el segundo pago

Conforme la vigente legislación con lo expuesto, previene en su artículo 70, que «cuando el que adquiere la nuda propiedad ó alguno de los demás derechos á que hace referencia la regla 1.ª del art. 67, venga por tal adquisición á ser dueño absoluto del dominio pleno del inmueble, satisfará el impuesto correspondiente á la transmisión del mismo en plena propiedad, con deducción de lo que tuviese abonado con anterioridad por la adquisición de uno, dos ó tres de los derechos relacionados.» En la práctica, y para mayor facilidad en la operación, en vez de deducir de la cuota total lo satisfecho anteriormente, se deduce de la base total la parcial, que fué objeto de la primera imposición, y se aplica el correspondiente tipo á la diferencia que resulta de tal operación.

En cuanto á la transmisión de derechos y acciones, como en muchos casos lleva consigo la de bienes ó derechos reales, no podía escapar á la imposición; porque si puede darse el caso de que no se realice de momento un derecho y adquiera, por tanto, los bienes á que aquél se contrae, el adquirente del derecho ó acción verifica siempre una adquisición efectiva y real que debe contribuir al Impuesto. Pues bien: esta adquisición que, el día que se haga efectivo el derecho ó acción, representará la de un inmueble, mueble ó derecho real, ha de asimilarse en la tributación á la transmisión de los bienes de la misma clase á que se refieren, y así dispone el reglamento en el art. 37, que «la transmisión de derechos ó acciones que lleva consigo la de bienes de todas clases ó derechos reales, devengará el Impuesto por los mismos conceptos y tipos que los que se efectúen de los mismos bienes y derechos».

Esto es, en síntesis, lo esencial que, en la materia objeto de esta pregunta, dispone la vigente legislación del Impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes.

15. *Bases para la determinación del valor en los contratos referentes á servidumbres, traslación de efectos públicos y compraventas, en las que el precio aplazado pueda satisfacerse con dichos efectos.*

Consistiendo las servidumbres, según el art. 530 del Código civil, en un gravamen que pesa sobre una finca en favor de otra, perteneciente á distinto dueño, y pudiendo constituirse además en provecho de una ó más personas á quienes no pertenezca la finca gravada, la legislación del Impuesto de derechos reales, aceptando en la transmisión á título oneroso de ésta, como en la de otra clase de derechos, el precio estipulado en cuanto por su naturaleza pueden ser susceptibles de esta forma de transmisión, y después de precisar el valor de las principales servidumbres personales, cuales son el usufructo, el uso y la habitación, consigna en el núm. 3.º del art. 67 del reglamento, que á falta de valoración dada por las partes en el contrato, habrá de fijarse el importe ó valor, base de liquidación en las servidumbres reales, en el 5 por 100 del valor del predio dominante; cuyo valor ha de declararse á la constitución, modificación, transmisión, reconocimiento ó extinción de toda servidumbre real, conforme prescribe el art. 71.

La razón de esta disposición se encuentra en el derecho que la Administración tiene para comprobar los valores declarados, pues es indudable, á nuestro juicio, que no podrá aceptarse en la constitución y extinción un valor menor que el 5 por 100 citado, sin entender llegado el caso de la comprobación de valores que concede el art. 76 del reglamento.

Mucho podría discutirse acerca de la exactitud de la valoración, algún

tanto arbitraria, que para esta clase de derechos se señala, opinando la generalidad de los tratadistas, que la relación establecida respecto del valor del predio dominante no da en la generalidad de los casos el verdadero valor que corresponde al derecho de servidumbre, que depende de circunstancias muy complejas y relativas á distintos puntos de vista.

En las traslaciones de efectos públicos por actos judiciales ó administrativos, ó por contrato notarial ó á título de sucesión, el impuesto se satisfará por el valor efectivo de aquéllos, según los precios de cotización en Bolsa el día en que se verifique la adquisición legal; y si en éste no se hubieran cotizado, se atenderá á la cotización del día inmediato anterior. Cuando se trate de efectos que no son cotizables en Bolsa, queda á salvo el derecho de la Administración para comprobar el valor que se haya declarado.

Se ve, por consiguiente, que en la transmisión de esta clase de bienes y aun en el caso de que se fije precio, la Administración se atiene para fijar el valor transmitido al valor efectivo que obtengan en el mercado las transmisiones de los mismos bienes. Entendemos que esta disposición excepcional puede resultar en algunos casos injusta, pues no es lo mismo ni alcanza igual valor la transmisión de valores y efectos públicos cuando se realiza por contrato, que cuando se transmite por medio de Agente de Bolsa, y como la comprobación se ha de hacer con la cotización oficial, ésta arrojará en bastantes casos resultados que no responderán exactamente á las condiciones del contrato.

Es de observar, que haciéndose las cotizaciones en Bolsa de algunos valores á diferentes tipos en un mismo día, habrá de tomarse como más equitativo el tipo medio de cotización, justificado con la *Gaceta de Madrid*, el *Boletín oficial del Colegio de Agentes de Bolsa* ó con certificación de Corredor extendida en legal forma.

Cuando se trate de la transmisión de efectos públicos que no son cotizables en Bolsa, podrá fijarse el valor con relación al precio estipulado, y en su defecto, con el que, según certificación expedida en forma auténtica por la representación de la Sociedad, hayan obtenido otras transmisiones de dichos valores.

En las transmisiones de acciones de minas debe hacerse la comprobación de los valores declarados, según circular de la suprimida Dirección general de Contribuciones é Impuestos de 12 de Febrero de 1895, capitalizando al 5 por 100 el canon de superficie satisfecho anualmente por la misma.

Siendo el contrato de compraventa consensual por su naturaleza, y perfeccionándose, por tanto, desde el momento en que las partes convienen en la cosa y el precio, y consienten en realizar la mutua entrega de una y otro, la legislación fiscal prescribe que el Impuesto se exigirá desde luego sobre el precio estipulado, salvo el caso de comprobación, aunque los interesados convengan en el aplazamiento de la entrega del precio, sin que puedan comprenderse en éste los intereses que en tal caso se estipulen por el comprador á favor del vendedor.

Consecuencia de este principio es el precepto contenido en el art. 7[illegible] del Reglamento, según el cual, en las compraventas en que el precio estipulado deba entregarse á plazos, teniendo el comprador la facultad d dar en cada uno de ellos metálico ó efectos públicos, á su elección, liquidará el Impuesto desde luego por el valor efectivo de éstos en el d del contrato, cualquiera que sea en adelante el que puedan alcanzar.

La razón de esta disposición se encuentra en que, no siendo los efe

tos públicos metálico, que es la medida común de todos los bienes sujetos á contratación, su valor hay que fijarlo con relación al metálico, y esto resulta únicamente de la aplicación del tipo de cotización; siendo de notar, que aunque en el art. 6.° del mismo reglamento se reconoce y grava la permuta de bienes inmuebles por muebles, y los efectos públicos pudieran tener la consideración de bienes de esta última clase, en este caso, de entregarse como precio en la compraventa, se estiman como metálico y, por tanto, disfruta su transmisión de la exención señalada en el último párrafo del art. 16 del reglamento, no devengando impuesto por su transmisión á favor del vendedor, y sí solamente pagando el comprador el que corresponde por la transmisión de los inmuebles.

16. *Cargas que son deducibles en toda transmisión de inmuebles ó derechos reales para los efectos del pago del Impuesto.—Deudas deducibles en las sucesiones hereditarias.*

Según el art. 67 del reglamento vigente, la base para la liquidación del Impuesto es el verdadero valor de los bienes y derechos sujetos al mismo, y una vez fijada esta base en la forma que determina el citado artículo, ha de examinarse con toda detención, á fin de que no se considere como base de Impuesto una suma que sea mayor que la representativa del efectivo valor de los bienes; por esta razón han de tenerse muy en cuenta las cargas y gravámenes de toda clase que hagan disminuir de manera cierta el valor efectivo de los bienes. Mas como sería origen de graves inconvenientes en la realización del Impuesto la arbitrariedad en la clasificación de las deducciones, y en la práctica no son iguales las razones de deducción, según se trate de transmisiones á título lucrativo ú oneroso, de aquí que la ley ha de formular en conceptos precisos la procedencia y forma de la deducción de las cargas. En efecto, así como en las transmisiones á título lucrativo, singularmente en las *mortis causa*, es claro que el adquirente ha de hacerse cargo de los bienes con todos los gravámenes á que aquéllos estén afectos, el precio en las transmisiones, con causa onerosa, debe suponerse ya líquido, puesto que el adquirente, con conocimiento de los gravámenes que afectan á los bienes, los habrá tenido en cuenta para disminuir aquél; por esta razón, de acuerdo con un distinguido comentarista, entendemos que en las transmisiones á título oneroso sólo deben deducirse las cargas cuando los contratantes estipulen la deducción refiriéndola expresamente al precio convenido.

Precisando la ley las condiciones y forma de la deducción de cargas, determina que «para establecer el líquido capital, precio, valor ó estimación, que constituye la base de la liquidación del Impuesto, se averiguará ante todo el importe total de las cargas deducibles»; y entrando á definirlas, establece que se entienden deducibles las cargas «que disminuyen realmente el capital, precio, valor ó estimación de la cosa, o sean censos, pensiones ó demás gravámenes de naturaleza perpetua, temporal ó redimible que afecten á los bienes; pero no las hipotecas en garantía de préstamos, ni las fianzas constituídas por cualquier otra causa sobre los inmuebles ó derechos reales, salvo lo que dispone el artículo siguiente sobre transmisiones *mortis causa*». «La baja de las cargas deducibles tendrá lugar en toda transmisión de bienes ó derechos reales, ya sea por título oneroso ó por lucrativo.» Como entre las cargas que el reglamento tima deducibles se consignan las pensiones, y toda vez que el reglamento no aclara este punto, haremos observar que la Real orden de 17 de

Octubre de 1883 resolvió que las pensiones que no afectan á determinados bienes con el carácter de carga real, sino de obligación puramente personal, no son deducibles; y otra de 29 de Junio de 1889 hizo la misma declaración respecto de los créditos hipotecarios, resolviendo que tampoco son deducibles del valor de los bienes afectos á dicha obligación.

Ocupándonos ya de las deudas en las sucesiones hereditarias, creemos lógica la deducción de ellas, siempre que consten de una manera cierta é indudable, pues de otra suerte no se presentaría ninguna adquisición en que los interesados no incluyeran en el capítulo de deudas, partidas bastantes para que absorbieran por completo el caudal hereditario. Por eso, siguiendo opinión muy respetable, entendemos que no ofrece absoluta garantía para los intereses del Estado el art. 5.º de la ley vigente de 1892, en su párrafo 3.º, al disponer que será deducible del valor de los bienes transmitidos por herencia «el importe de las deudas del causante, cuya certeza conste en escritura pública ó en otro documento de *legitimidad indudable*», puesto que en la práctica se tropieza con insuperables dificultades al girar las oportunas liquidaciones, que dan motivo á frecuentes reclamaciones, cuya causa es la diferencia de criterios en la calificación de las bajas del caudal. Algo más preciso en sus palabras el reglamento, dice en su art. 75, que, «en las transmisiones *mortis causa*, las deudas de cualquier clase y naturaleza serán deducibles siempre que se acredite su existencia por medio de documento público ó privado de indudable legitimidad y bastante á hacer fe en juicio, á tenor de lo prevenido en el artículo 1429 de la ley de Enjuiciamiento civil»; con esto ya no es tan dado á dudas el caso que estudiamos, y lo sería menos si los interesados en las particiones cumplieran, al liquidar el caudal, con el requisito de rebajar las deudas legítimas haciendo al mismo tiempo la debida adjudicación expresa de bienes en pago de aquéllas á los acreedores, ó, en su caso, adjudicación también expresa á tercera persona para pago de las repetidas deudas.

Con el fin de evitar defraudaciones en estos casos, establece el reglamento que «las deudas no serán deducibles mientras el documento en que consten no haya sido presentado á liquidación del impuesto que corresponda al acto que las motive, y verificado el pago, ó declarada la exención en su caso.»

«En el caso de que proceda la deducción ó rebaja de deudas del capital ó bienes transmitidos y no haya metálico para satisfacerlas, si se hace adjudicación de otra clase de bienes para su pago, satisfará el Impuesto el adjudicatario, y, *en caso contrario*, se exigirá al heredero por el referido concepto de adjudicatario para pagar deudas con todos los derechos y deberes atribuídos por este reglamento á tales adquirentes.» Es oportuno este precepto, que obliga al heredero á hacer la adjudicación expresa de bienes en pago ó para pago de las deudas hereditarias, so pena de que, considerado él como tal adjudicatario para pago, sea el que responda de la cuota liquidada en tal concepto por la parte de herencia que forzosamente ha de ser destinada á pago de las deudas reconocidas como baja del caudal.

Antes de terminar debemos hacer notar que, aparte las expresa hasta aquí, y aun cuando no las especifica el reglamento, existen otr bajas que la constante práctica de la liquidación hace reconocer co tales; nos referimos á los gastos de funeral y entierro, así como los última enfermedad que, por su naturaleza, y causados, por decirlo a por la misma persona que produce la sucesión, tienen en cierto mod

condición de deudas del caudal. No estimamos, en cambio, como deducibles, otros gastos que suelen consignarse con cargo al cuerpo de bienes, como los gastos de partición, lo presupuesto por derechos á la Hacienda y otros análogos, por no entrar en manera alguna dentro del espíritu que informa la ley del Impuesto.

17. *Cómo contribuyen al Impuesto las adjudicaciones de bienes inmuebles y derechos reales, por vía de comisión ó encargo para pago.—Cómo la de bienes muebles, con el mismo fin y reglas particulares concernientes á la liquidación de estos contratos.*

Sucede con frecuencia, sobre todo en las sucesiones hereditarias, que, existiendo deudas en contra del causante, y á veces en contra de la testamentaría, de las que, como es sabido, responden por regla general los herederos, éstos convienen en encargar de su pago á una persona determinada, adjudicándole los bienes necesarios al efecto.

En realidad es evidente que nada adquiere este adjudicatario, pues que su obligación es hacer pago á los acreedores, bien entregándoles en pago los mismos bienes que le han sido adjudicados, ó bien pagando sus créditos con el producto de la venta de aquéllos; pero como el adjudicatario puede adoptar con este fin cualquier forma de pago, incluso el de quedarse con los bienes adjudicados y satisfacer las deudas con sus bienes propios, ha parecido lo más conveniente considerar esta clase de adjudicaciones como una verdadera base de adquisición á favor del adjudicatario, exigiéndole desde luego el pago del Impuesto como en cualquiera otra adquisición á título oneroso, pero atendiendo al caso de que los mismos bienes pasen á los acreedores ó de que se les haga pago con el producto de la venta, se establece respecto de los bienes inmuebles y derechos reales adjudicados con dicho objeto; pues en cuanto á los muebles, rige otro principio diferente, lo que se consigna en el art. 4.º del reglamento, según el cual las adjudicaciones en pago, las compraventas, reventas y cesiones á título oneroso de bienes inmuebles y derechos reales, satisfarán el 3 por 100 del precio estipulado en el contrato, salvo el derecho de la Administración para comprobar aquél por los medios que en este reglamento se establecen.

En las adjudicaciones de los mismos bienes por vía de comisión ó encargo para pago, se exigirá desde luego el mismo tipo de 3 por 100, sin perjuicio del derecho á la devolución, que procederá cuando los inmuebles ó derechos reales sean cedidos por el adjudicatario al acreedor en solvencia de su crédito ó enajenados para este objeto en el término de un año, á contar desde la fecha de la adjudicación.

En estos casos las transmisiones que se realicen á favor del acreedor ó comprador de los bienes pagarán los derechos correspondientes.

Se ve, por consiguiente, que siempre que se cumplan los requisitos de la adjudicación ó enajenación de los bienes en el término de un año, la Hacienda no percibe más que el 3 por 100 del valor de los bienes inmuebles dedicados al pago de deudas; precepto justísimo, y que pone á cubierto, armonizándole, los intereses del fisco y los de los contribuyentes. Si los adjudicatarios de bienes inmuebles para pagar deudas fallecieren antes de cumplir el año y de hacer la venta de los bienes destinados á dicho objeto, se suspenderá el plazo del año hasta el día en que se haga nueva adjudicación á los herederos del adjudicatario.

En el caso de que al presentarse el documento acreditativo de la adju-

dicación de bienes inmuebles ó derechos reales á la liquidación del Impuesto, se justificase que el adjudicatario los había ya enajenado dentro del término reglamentario y que se había satisfecho el Impuesto correspondiente, no se liquidará ni exigirá éste por la referida adjudicación, haciéndose constar así por nota al pie del documento.

Cuando las adjudicaciones para pago consistan en bienes muebles, adeudarán sólo el 0,50 por 100 de su valor, pero sin derecho á la devolución establecida en las adjudicaciones que se hagan de bienes inmuebles y derechos reales.

La razón de esta diferencia la encontramos en la dificultad material que existiría para justificar la venta ó entrega al acreedor de los bienes muebles, pues pudiendo transmitirse éstos por la simple tradición y sin solemnidad alguna, no podría encontrarse en la generalidad de los casos un medio bastante eficaz á garantir los derechos del Tesoro sin obligar á los contribuyentes á gastos excesivos con relación á la escasa importancia de esta clase de transmisiones; por esto ha preferido el legislador señalar un tipo módico y declarar definitivo su pago.

Tanto en las adjudicaciones de bienes inmuebles y derechos reales, como en la de bienes muebles, es muy importante distinguir caidadosamente las que se realizan por vía de comisión ó encargo *para pago de deudas*, de las que se hacen *en pago* de las mismas, pues además de que en las primeras, si son de bienes inmuebles y derechos, el adjudicatario tiene el derecho á la devolución; si son de bienes muebles no paga más que el tipo 0,50 por 100, mientras que en las adquisiciones *en pago*, el devengo del impuesto, en las que se hagan en inmuebles y derechos reales, es definitivo, y en las que se realicen en muebles devengará el 2 por 100, como verdaderas enajenaciones que son. Para precisar el carácter de las mismas en uno y otro caso, basta tener en cuenta que las adjudicaciones *para pago* son las que se hacen á persona distinta del acreedor para que con los bienes ó con el producto de su venta satisfaga á éste su crédito, y las adjudicaciones en pago son las que se hacen directamente á los respectivos acreedores.

Como reglas particulares que se deben tener presentes para la liquidación de esta clase de adquisiciones, merece tenerse en cuenta, entre otras, que por Reales órdenes de 29 de Diciembre de 1886 y de 29 de Febrero de 1888 se resolvió que procede exigir el Impuesto por el concepto de *adjudicación* cuando los bienes hereditarios se adjudiquen al heredero consignando los créditos hipotecarios que gravan aquéllos, aunque no se haga expresa adjudicación en pago ó para pago; principio que se aplica asimismo á los casos de disolución de sociedades, en los que exista *pasivo* ó sean deudas de que deba responder la sociedad, pues con arreglo á lo resuelto, por la Jurisprudencia administrativa en estos casos, y aunque no se adjudiquen expresamente bienes para el pago de aquéllas, debe sobreentenderse dicha adjudicación, en cuanto el importe de las deudas se deduzca del haber social, al efecto de fijar el capital divisible entre los partícipes en la sociedad.

Otra de las reglas especiales consignadas por la Jurisprudencia administrativa, es la del Real decreto-sentencia de 22 de Agosto de 1885, que declaró no constituye adjudicación en pago la efectuada de bienes distintos de los heredados de la madre, hecha en la testamentaria del padre, no debiendo satisfacer más impuesto que el que se hubiere pagado por herencia materna.

28. *Reglas para la liquidación de las compraventas con cláusula de retrocesión, de la transmisión del derecho de retroventa por contrato y por título hereditario, y de las permutas según la naturaleza de los bienes permutados.*

Sabido es que el *retracto* es el derecho por cuya virtud puede, el que es dueño de él, recobrar una finca que pertenezca á un tercero, mediante el cumplimiento de ciertas condiciones referentes á precio, tiempo y otras estipuladas. Puede ser *legal* y *convencional*, según que nazca por ministerio de la ley ó por convenio expreso de las partes, y como al segundo se refiere la pregunta del Programa que hemos de contestar, expondremos brevemente la vigente legislación en materia de compraventas con pacto de *retro* ó cláusula de retrocesión.

La compraventa en que el vendedor se reserva el derecho de readquirir la finca enajenada, contribuye al Impuesto por el 3 por 100, sobre el precio de enajenación, sin que en nada pueda influir el pacto de retro estipulado, porque á lo sumo constituye éste una condición resolutoria; mas, como ha sido objeto de distintas resoluciones anteriores al presente reglamento la declaración del derecho á devolución de lo pagado por el adquirente, cuando por cumplirse la condición queda rescindida la venta, hemos de indicar que hoy no cabe esta duda, puesto que las rescisiones voluntarias no dan nunca lugar á la devolución de lo pagado por la convención rescindida. Así, pues, vemos que la transmisión con pacto de retro está absolutamente equiparada á la que no lo contiene.

El derecho de *retracto* que, dando facultad á su dueño para recuperar una finca, adquiere el carácter de derecho sobre inmuebles (siendo, por tanto, justo que contribuya en sus transmisiones como los demás derechos que llevan consigo la de bienes inmuebles y derechos reales), es objeto de distinta consideración, según la ley del Impuesto, en los casos de transmisión por contrato ó acto entre vivos, ó por título hereditario. «La transmisión del derecho de retroventa en virtud de contrato, queda sujeta al pago del 3 por 100 del precio en que se adquiere el derecho» y si «la transmisión del referido derecho se verifica por título hereditario, satisfará el Impuesto que corresponda, con arreglo á la escala de herencias y legados, computándose el valor del derecho de retroventa por la diferencia que resulte entre el verdadero valor del inmueble ó derecho real que haya de retraerse y el precio que hubiera mediado en el primitivo contrato de venta con pacto de retrocesión». Creemos que las transcritas palabras de la ley no necesitan comentario para su aclaración, pues fija de manera precisa que en las transmisiones por contrato la base de liquidación es el precio de la enajenación del derecho, y en las *mortis causa*, la diferencia entre el valor comprobado del inmueble ó derecho real, y el precio por el cual se enajenó la finca en el contrato de venta con pacto de retro; siendo el tipo de exacción, en el primer caso, el general de transmisiones de inmuebles á título oneroso, ó sea el 3 por 100, y en el segundo, el correspondiente según el grado de parentesco entre el causante y causahabiente del derecho de retracto transmitido.

Llegando ya al *momento en que se ejercite el derecho de retracto*, distingue la ley el caso en que retrae el primitivo vendedor de la finca ó derecho real, ó su causahabiente por herencia, del en que lo verifica el adquirente del derecho por contrato. Como consecuencia lógica del concepto jurídico del heredero, y toda vez que este, por el hecho de pagar s derechos sucesorios, se identifica con el causante hasta el punto de

considerársele como la prolongación de la personalidad de éste, no podía menos de equiparar en el pago del Impuesto á uno y otro, disponiendo el vigente reglamento que, «si por cumplirse el plazo ó condición impuesto, vuelve la propiedad, sea nuda ó plena, al vendedor, pagará éste el 1 por 100 del precio» que sirvió para la enajenación primera; y que «el heredero ó legatario del derecho de retroventa, al hacer uso de él, satisfará el 1 por 100, á cuyo pago venía obligado el causante», según el precepto antes transcrito. En cambio, y en razón á que el adquirente por contrato del derecho de retracto, es, en el momento de ejercitarlo, un tercer comprador de la finca, que debe, por consiguiente, satisfacer el impuesto de 3 por 100 sobre el precio de la transmisión, como cualquier otro comprador, y sin privilegio de ningún género, salvo la computación del pago realizado por la adquisición del derecho, ha de sujetarse á la siguiente regla: «cuando el adquirente (del derecho de retroventa, en virtud de contrato) haga uso de aquél retrayendo la finca, completará el pago del 3 por 100 sobre el valor total del inmueble, que lo constituye (para este efecto) el precio en que adquirió el derecho de retraer, más el precio por que se realiza la retrocesión» (que es el que figuró como tal en la primera venta). Para todos estos casos, y conforme apuntamos al comenzar, «lo dispuesto en este reglamento (art. 52) acerca de las condiciones resolutorias, no tendrá aplicación cuando se rescinda la venta por cumplirse la condición del retro», y por tanto, no tendrá derecho el que fué comprador en la primitiva enajenacion á la devolución de lo que pagó por impuesto como adquirente de la finca ó derecho enajenado con pacto de retrocesión.

Para completar esta materia, y con la mayor concisión, por ser objeto de otra pregunta del Programa, indicaremos algo de lo dispuesto para el caso de retracto *legal*, y es que «el que adquiere una finca ó derecho real, enajenable á virtud de retracto legal, no está obligado á satisfacer el Impuesto, si el comprador ó adquirente de quien la retrae lo hubiera satisfecho ya, cuyo Impuesto se aplicará al primero por estar subrogado en el segundo, á tenor de lo preceptuado en el art. 1518 del Código civil», que impone al retrayente la obligación de reembolsar al comprador los gastos del contrato, los necesarios y útiles hechos en la cosa vendida y *cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.*

Pasemos ya á examinar el contrato de *permuta* desde el punto de vista que lo hace materia del Impuesto.

Ha sido objeto de muy diversas disposiciones y gravado con distintos tipos de imposición, según los casos, pues así como las permutas de fincas urbanas vienen contribuyendo desde mucho tiempo ha, las de fincas rústicas fueron objeto de exenciones en algún tiempo, y aun hoy, cuando son de poca cabida, y con el fin de fomentar el desarrollo de la agricultura, están gravadas con tipos muy bajos. Distingue el reglamento los casos de permuta de fincas, atendiendo á su calidad de rústicas ó urbanas, y en éstas que sean ó no de igual valor; precisando también el caso de permuta de bienes inmuebles por bienes muebles.

En cuanto á la permuta de fincas rústicas, por más que la ley vigente no consigna la excepción, puede decirse que ésta es reglamentaria, porque está consignada en la tarifa que, con arreglo á la letra *B* del artículo adicional al reglamento, forma, con sus notas aclaratorias, parte integrante de él, además de gravarlo expresamente el caso 3.° del art. 28 del mismo.

Para el caso de permuta de bienes inmuebles, dispone la legislación vigente que «pagará cada permutante el 1,50 por 100 del valor igual de los bienes respectivos, y por la diferencia que resultase entre unos y

otros pagará el 3 por 100, el que figure como adquirente de los de más valor».

«Las permutas de bienes inmuebles por bienes muebles, se liquidarán exigiendo el 1,50 por 100 del valor igual al adquirente del inmueble, y el 1 por 100 al del mueble, y por la diferencia, se exigirá al adquirente el 3 ó el 2 por 100, según sea inmueble ó mueble el de más valor.»

Por lo que toca á las permutas de bienes muebles, aunque no sean objeto de disposición expresa que las regule, y teniendo en cuenta el criterio que inspira el artículo que acabamos de transcribir, que es el de gravar con la mitad del tipo ordinario la transmisión del mueble en permuta con inmueble, creemos que, procediendo con lógica, debe exigirse el Impuesto en las permutas de bienes muebles á razón del 1 por 100 aplicado al valor común, y el 2 por 100 por el exceso de valor al adquirente de este último. No es dificultad para el caso el que no figure en la tarifa, número y concepto expreso del caso que examinamos, pues se limita la solución á aplicar el concepto general de *muebles*, y su tipo de 2 por 100, á la mitad de la base liquidable.

Las fincas rústicas contribuyen, en caso de permuta, como los demás bienes inmuebles, á no ser «cuando cada una de ellas no exceda de tres hectáreas de cabida, y además alguna de ellas resulte acumulada á otra, perteneciente con anterioridad á uno de los permutantes.

Sólo nos resta consignar que, siguiendo los preceptos generales establecidos, dispone el reglamento que «cuando entre los bienes permutados haya algún inmueble situado en territorio donde no sea de aplicación este reglamento, no se exigirán los derechos que en otro caso corresponderían al mismo».

19. ***Cómo se liquidan los contratos de constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, y especialmente los relativos al de hipoteca.***

Aunque la generalidad con que está redactada la pregunta parece indicar que la contestación debiera comprender lo relativo á la liquidación del Impuesto, en cuanto á los diversos derechos reales que reconocían los antiguos tratadistas del Derecho civil, creemos que siendo objeto de otras preguntas del Programa lo relativo á servidumbres y á otros derechos de la expresada naturaleza, la pregunta envuelve únicamente la materia contenida en los artículos 7.° y 8.° del reglamento de 1.° de Septiembre de 1896, y en su consecuencia, expondremos las disposiciones aplicables, por regla general, á los censos y á la hipoteca.

El reglamento de 1873, fundado en la ley de 26 de Diciembre de 1872, es la primera disposición que comprendió en el Impuesto la constitución y transmisión de los derechos reales que antes estaban exentos de pago, atendiendo sin duda á que su adquisición produce efectos parecidos á los de los bienes raíces, con cuya clase los clasificó el art. 334 del Código civil vigente.

La legislación promulgada en 31 de Diciembre de 1881 conservó los mismos principios de la legislación anterior en este punto, que sin variación se consignan, en lo relativo á derechos reales y á la hipoteca, en los artículos 7.° y 8.° del reglamento de 1.° de Septiembre de 1896.

En el primero de los artículos citados se dispone que la constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de los derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles, censos, foros y subforos, ó de cualquier modo

que se denominen por la ley ó la costumbre, satisfarán el 3 por 100 del capital constituído, reconocido, modificado ó extinguido, y que cuando el censualista acredite haber satisfecho el Impuesto por la adquisición del censo, y el reconocimiento sólo implique ó tenga por objeto evidenciar una rehabilitación del ejercicio del derecho por parte del censualista, dicho reconocimiento no estará sujeto al Impuesto.

Es de advertir que la constitución del censo reservativo, ó sea aquel que se constituye mediante la cesión de bienes inmuebles por un valor determinado á cambio de la constitución del censo que se hace á favor del cedente de los bienes, no da lugar, con arreglo á lo dispuesto en la Real orden de 29 de Mayo de 1894, más que á una sola liquidación por el concepto de cesión á título oneroso, mientras que por Real orden de 10 de Octubre de 1889 se declaró que, al constituirse el censo enfitéutico, se realizan dos actos sujetos al Impuesto: uno de cesión de la finca por el valor de ésta, sin deducción del capital del censo, y otro de constitución de este derecho real á favor del cedente, liquidable sobre la base del capital del mismo.

Según dispone el mismo art. 7.º del reglamento, la distribución ó señalamiento de capital y pensiones de los censos y demás derechos reales entre las fincas afectas, ó la reducción á una ó varias fincas de derechos que gravitaban sobre mayor número de ellas, se reputará, para los efectos del Impuesto, como simple modificación de la hipoteca, devengando el señalado á este concepto.

Siendo tan diferentes el concepto del derecho real del censo y el de la hipoteca, no se comprende fácilmente cuál es la razón que ha movido al legislador para establecer este precepto, que en la práctica ofrece no poca disparidad en su aplicación.

Siendo diversos, por regla general, los tipos de capitalización á que se constituyen los censos, es preciso tener en cuenta para la debida exactitud en la liquidación de esta clase de derechos, aparte de las transmisiones á título oneroso de los mismos, en los que la base habrá de ser el precio estipulado, salvo el derecho de comprobación que á la Administración conceden los artículos 76 y siguiente del reglamento, que el valor base de la liquidación en los casos de constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de los derechos reales habrá de ser el capital reconocido por las partes, cuya libertad en este punto no está limitada más que en cuanto excedan de la capitalización al 5 por 100 del canon ó renta anual. En las transmisiones *mortis causa* se hará comprobación de valores con arreglo al indicado tipo, aceptando la Administración el capital que los interesados asignen á esta clase de derechos, siempre que no traspase el expresado límite.

La misma ley de 1872 antes citada fué la que estableció el tipo de liquidación relativo á la constitución, reconocimiento, modificación ó extinción del derecho real de hipoteca, señalando al efecto el 1 por 100 del capital, y esto fué modificado por la ley de 21 de Julio de 1876, que señaló para las hipotecas en garantía de préstamos el tipo de 0,50 por 100, que por la ley de 31 de Diciembre de 1881 se extendió á las hipotecas de todas clases, señalándose el devengo del 0,10 por 100 para la extinción de las hipotecas en favor de la Administración y en garantía de la recaudación de valores de Hacienda pública, así como en la constitución y extinción de las que garantizan el precio aplazado en las ventas. Estos preceptos de la legislación de 1881 se conservan sin variación en la vigente disponiendo el art. 8.º del reglamento, que la constitución, reconocimie

te, prórroga y modificación del derecho real de hipoteca satisfará el 0,50 por 100 del valor de la obligación ó capital garantido con aquélla. La extinción devengará el 0,40 por 100 del mismo valor ó capital garantido si tiene aquélla lugar dentro de los dos años siguientes á la constitución; 0,25 por 100 si se verifica dentro del plazo de dos á cinco años, y 0,50 por 100 cuando exceda de dicho plazo.

La determinación del valor ó base liquidable en estos casos obedece, por regla general, al valor que las partes asignan al derecho que se constituye, reconoce, modifica ó extingue; pero en las hipotecas constituídas en garantía de préstamos, han ocurrido dudas en diversos tiempos acerca de si debía consistir en el importe del préstamo que garantizaba, como contrato accesorio que es del mismo, ó si debía aumentarse á aquel valor el importe de la hipoteca en lo referente á costas é intereses asegurados con la misma; la Real orden de 17 de Mayo de 1883 resolvió lo segundo, y este precepto es el que rige actualmente.

Por Real decreto sentencia de 24 de Marzo de 1887 y sentencia de 29 de Diciembre de 1890, dictadas respectivamente por el Consejo de Estado y Tribunal de lo Contencioso, se declaró que las obligaciones hipotecarias emitidas por las Compañías de los ferrocarriles deben contribuir por el concepto de hipoteca, siendo la base el capital garantido con los intereses de dos años.

Si la extinción de la hipoteca se verifica por adquirir el acreedor hipotecario la propiedad del inmueble hipotecado, no devengará derecho alguno, sin perjuicio del pago que corresponda á la adquisición de dicho inmueble, y si tuviere lugar por resultar ineficaz la garantía prestada, á consecuencia de haberse tenido que aplicar el valor total del mismo á cancelar anteriores créditos hipotecarios, no devengará impuesto por la parte que hubiere resultado ineficaz.

La reducción de la hipoteca y la sustitución de unas fincas por otras tributarán como modificación del derecho de hipoteca, exigiéndose el impuesto á aquel á quien beneficia ó solicite la reducción ó sustitución, siempre que estos contratos no sean consecuencia de una cancelación parcial que esté sujeta al impuesto.

Gravando el derecho real de hipoteca con arreglo á su naturaleza una finca ó fincas determinadas, á las cuales esté indisolublemente unido, no podrá menos de reconocerse la modificación de aquel derecho cuando se altera ó modifica la garantía afecta al mismo; de aquí que la especialidad del precepto antes consignado se refiera más bien á designar la persona obligada al pago del impuesto, que mientras en los demás casos es el acreedor hipotecario ó persona á cuyo favor esté constituído el derecho, en este que nos ocupa suele ser, por regla general, el dueño de las fincas gravadas, que es á quien por razones distintas suele beneficiar la redención ó sustitución. En estos casos, la liquidación se girará al tipo de 0,50 por 100 sobre el total valor garantido con la hipoteca, mientras que, cuando existe una cancelación parcial, que habrá de consistir en la extinción de parte de aquel derecho mediante la entrega de una cantidad ó la condonación del acreedor, la liquidación se girará únicamente por el tipo que corresponda, según el tiempo transcurrido desde su constitución sobre la parte de derecho que se cancela.

Conservando los principios que antes hemos apuntado, consignados en la legislación de 1884, el reglamento vigente determina que la cancelación ó extinción de la hipoteca que se otorgue para garantir la recaudación de los fondos ó valores de la Hacienda ú otros servicios de la Ad-

ministración pública, aun cuando se realicen por Compañías ó personas subrogadas en los derechos del Estado, se liquidarán en la forma prescrita en el art. 28 del mismo reglamento, ó sea por el tipo de 0,40 por 100, é igualmente se liquidarán la constitución y la extinción de los que garanticen precio aplazado en las ventas.

Con anterioridad á la presente legislación y según doctrina consignada en Real orden de 19 de Marzo, se había dispuesto que la cancelación y la extinción de las hipotecas eran actos independientes, debiendo liquidarse, con arreglo á las disposiciones vigentes, en la época en que cada uno de ellos tuviese lugar; doctrina que ha sido variada por el reglamento vigente, prescribiendo que las hipotecas constituídas en época en que dicho derecho real no estuviese sujeto al impuesto, no le devengarán tampoco á su extinción, á menos que se hubieren prorrogado tácita ó expresamente después de 1.° de Enero de 1873.

La transmisión á título oneroso del derecho de hipoteca pagará, como la de cualquier otro derecho real, por el tipo correspondiente al título en virtud del cual se verifique, y la del mismo derecho que se transmite por título lucrativo de herencia, donación ó legado, pagará con arreglo al valor del crédito que garantice, puesto que este crédito, y no el contrato accesorio de hipoteca, es el que se transmite.

20. *Reglas para la liquidación de los actos y contratos referentes á la constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de pensiones de cualquiera clase y tipos porque contribuyen al Impuesto, según su naturaleza y duración.*

La base sobre que han de descansar los razonamientos que en esta materia hagamos al tratar de los preceptos reglamentarios que la regulan, es la ley vigente (no modificada en este punto por la de 30 de Agosto último) de 25 de Septiembre de 1892, que grava la constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de pensiones con el 2 por 100 del capital de la pensión, si esta es *vitalicia* ó *sin tiempo limitado;* y con el 0,10 por 100, por cada dos años de duración, si es *temporal,* advirtiendo que en este caso nunca podrá ser el tipo mayor del 2 por 100 fijado para las perpetuas. En la misma forma grava la constitución de los Montepíos de Notarios, y las gratificaciones, pensiones, jubilaciones y orfandades que los Bancos, Compañías y Sociedades otorguen con arreglo á estatutos, reglamentos ó cajas particulares á sus empleados ó familias de éstos, siempre que excedan de 1.500 pesetas.

Ante todo debemos fijar la manera de determinar la base liquidable en las pensiones; y ateniéndonos al vigente reglamento, vemos que «el capital de las pensiones se calcula siempre, salvo lo que se dispone en el párrafo que precede (que es el caso de constitución de pensión en cambio de la cesión de bienes hecha por el que viene á ser pensionista), por el 5 por 100 de pensión».

Una vez fijada la base de imposición, y entrando de lleno en las disposiciones reglamentarias que determinan los casos y tipos de exacción vemos en primer término que «la constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de pensiones, de cualquier clase ó denominación que sean, bien se constituyan por contrato ó por testamento, pagarán, si la pensión es vitalicia ó por tiempo ilimitado, el 2 por 100 del capital de la pensión; si es temporal, el 0,10 por 100 del mismo capital por cada dos años de duración, pero sin que pueda exceder del 2 por 100, sea en

quiera el tiempo que se fije»; determinando la tarifa una escala aplicable á su duración, que termina en los treinta y ocho años, estableciendo para éstas y las que excedan de este tiempo, el tipo de 2 por 100, fijado por la ley como máximo. A pesar de lo terminante que aparece esta disposición, le alcanzan algunas excepciones que vienen consignadas en el reglamento en los artículos que pasamos á expresar. Es la primera la exención de derechos (no determinada por cierto en la ley) en el caso de extinción de «las pensiones de Montepíos de Notarios, y las gratificaciones, pensiones, jubilaciones y orfandades que los Bancos, Sociedades y Compañías otorguen con arreglo á estatutos ó cajas particulares á sus empleados, asociados, ó á las familias de unos y otros, cuando excedan de 1.500 pesetas anuales», que según el reglamento satisfarán al constituirse «los mismos tipos, según los distintos casos señalados en el párrafo anterior». Otra excepción es la establecida al consignar que «si la cantidad otorgada fuera por una sola vez, contribuirá (el pensionista) con el 0,10 por 100 de su importe».

Es también importantísima la declaración de que «las pensiones que los padres constituyen á favor de sus hijos con ocasión del matrimonio, se liquidarán por el concepto de anticipo de legítima sobre el capital de las mismas, y otro tanto se verificará en las que tengan lugar con arreglo al Código civil y á favor de los cónyuges supervivientes»; por donde se ve que en este caso ha de aplicarse al capital de la pension el tipo correspondiente, según la tarifa, y por el concepto de *herencias*, según las relaciones de parentesco entre el pensionista y el que otorga la pensión; precepto que nos parece muy lógico y ajustado á la razón.

Enmendando con más acertada redacción lo dispuesto en el anterior reglamento, establece el vigente las reglas de liquidación cuando se constituye la pensión en cambio de la cesión hecha por el pensionista al que haya de satisfacerla. Como quiera que en este caso se realizan dos actos de naturaleza y forma distintas, como son la transmisión de bienes muebles con causa onerosa y la constitución de pensión, es justo que no escapen á la tributación tales actos, y en su consecuencia, se dispone que «se practicará una liquidación del 3 ó 2 por 100 de los bienes cedidos, según sean muebles ó inmuebles, y otra por el capital de la pensión», por el tipo que le sea aplicable según su duración; «el pensionista pagará el importe de los derechos que le correspondan, y el capital base de esta liquidación será baja de la que deba girarse al cesionario, quien vendrá obligado á satisfacer el resto al extinguirse la pensión». Vemos, pues, que en primer término se gira una liquidación completa por la constitución de la pensión, y considerando que ésta disminuye, en la parte que representa el capital de la pensión, el valor de los bienes cedidos, lo estima baja de éste, y la diferencia que resulte será la base de la liquidación que ha de girarse al cesionario. Aun cuando no está previsto, creemos que en el caso en que esta diferencia sea nula, y en el menos probable de que el capital de la pension exceda del valor de los bienes cedidos, no habrá lugar de presente á girar liquidación al cesionario por su adquisición, puesto que falta la base imponible, y quedará aplazada hasta la fecha en que se extinga la pensión, que será la oportuna para exigir al cesionario el pago por su adquisición entonces efectiva.

Inspirado en un criterio de justicia en favor de los que carecen de esta clase de bienes y no figuren en la matrícula de la contribución industrial, circunstancias que han de justificar previamente, dispone el reglamento que en las pensiones *alimenticias* constituidas á favor de tales

personas, «se satisfará el Impuesto, abonando el pensionista, en los períodos en que perciba la pensión», una parte de lo que en cada uno perciba, que se determina en la siguiente forma: «si no llegase su importe á 2.000 pesetas, satisfará la cuarta parte, hasta completar el pago del Impuesto liquidado, ó bien, en igual forma y sobre la misma base, la tercera parte ó la mitad, según la pensión llegue á 2.000 pesetas y no exceda de 4.500, ó sea superior á esta última cantidad.»

21. *Cuándo y cómo contribuyen al Impuesto los contratos de arrendamientos, y los de subarriendo, subrogación, cesión y retrocesión del arriendo.*

Aunque el contrato de arrendamiento no constituye verdadera transmisión de bienes, ni es en todos los casos derecho real, por lo cual no encaja de una manera perfecta dentro de las bases científicas del Impuesto, es lo cierto que ya por la ley de Presupuestos de 23 de Mayo de 1845 se estableció sobre ellos un gravamen de 0,25 por 100 sobre el importe total del precio estipulado, siendo su duración determinada, y de 0,50 por 100 sobre la renta de un año, si no lo era. Después de varias modificaciones, fué suprimido por Real decreto de 26 de Noviembre de 1852, y restablecido desde 1.º de Enero de 1873 por el reglamento de 14 del mismo mes, en armonía con lo dispuesto en la ley Hipotecaria, por lo cual se exigía el Impuesto en la constitución de arrendamiento de muebles por seis ó más años; la de aquel en que se anticipasen tres ó más anualidades, y la del que debiera inscribirse en el Registro de la propiedad por convenio expreso de las partes, satisfaciendo el 0,20 por 100 de la cantidad total que se hubiese de pagar en todo el tiempo de la duración del contrato. El mismo tipo se exigía por los subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de arriendos de bienes inmuebles que se verificaren con las mismas condiciones del contrato. La ley de 31 de Diciembre de 1884 modificó esta disposición señalando el tipo del 0,10 por 100 de la renta de un año para la constitución del arrendamiento inscribible, según la ley Hipotecaria, y fijando el mismo tipo y base de liquidación para los subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de los mismos contratos.

La legislación contenida en el reglamento de 1.º de Septiembre de 1896 ha variado esencialmente este precepto, estableciendo que la constitución de arrendamientos por contrato otorgado ante Notario, aun cuando no tengan el carácter de inscribibles en el Registro de la propiedad, así como los subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de los propios arriendos cuando se verifiquen por escritura pública, satisfarán el 0,10 por 100 de la cantidad total que haya de satisfacerse por todo el período de duración del contrato; y que cuando en dichos contratos no se exprese el tiempo de su duración, se liquidará el Impuesto sobre la base de la renta de tres años.

Se ve por esto que se ha ampliado considerablemente la aplicación del Impuesto á esta clase de contratos, sin otro requisito que estar consignados en escritura pública; habrán de declararse, sin embargo, no sujetos al Impuesto, por no estar comprendidos en la tarifa, los arrendamientos consignados en documento privado, siendo de notar que, si bien el artículo del reglamento, que es el señalado con el núm. 10, no expresa ni distingue entre los arrendamientos de bienes inmuebles, ó los servicios personales ó de otra clase, la tarifa aneja al reglamento y q

forma parte del mismo, consignó en el concepto núm. 6 el epígrafe *Arrendamiento de bienes inmuebles*, por lo cual creemos que solamente éstos son los sujetos á tributación por este Impuesto.

También están sujetos á tributación los arrendamientos de minas que, según las disposiciones generales del derecho, tienen la consideración de bienes inmuebles.

Para fijar el valor ó base de liquidación en los arrendamientos debe tenerse presente, que si la renta hubiere de satisfacerse en granos ú otras especies, se valuarán éstas por el precio medio oficial del quinquenio anterior á la fecha del contrato, pudiendo obtenerse este dato por medio de certificaciones que deberán expedir las oficinas del Gobierno civil en cada provincia.

No se ha previsto en el reglamento cuál ha de ser la base de liquidación en el caso del arrendamiento llamado de *aparcería*, en el cual el precio del arriendo consiste en el derecho del arrendador á percibir una parte alícuota de los frutos que se obtengan de los bienes que son objeto del contrato; y entendemos que en este caso, y á falta de otra disposición posterior, es perfectamente aplicable lo dispuesto por orden de la Dirección general de Contribuciones de 18 de Abril de 1874, según la que debe exigirse á los interesados una declaración jurada del importe calculado de los productos durante todo el tiempo de duración de aquel, sin perjuicio de la comprobación de este cálculo con los datos que posea la Administración, y en vista de la que se practicará una liquidación provisional, á reserva de verificar la definitiva cuando, terminado el arriendo, sean conocidos los verdaderos productos obtenidos en todo el tiempo que ha durado el contrato, exigiendo al interesado ó devolviéndole la diferencia abonada de menos ó de más. Idéntico procedimiento debe seguirse en los arrendamientos de minas, cuando el precio ó renta consista en cierta parte de los productos de los minerales que se extraigan, debiendo hacerse su regulación tomando en cuenta los productos medios de extracción de un año por los que resultan en el quinquenio anterior, conforme á lo resuelto por circular de la Dirección general de 20 de Octubre de 1854.

En los arrendamientos corresponde satisfacer el Impuesto al arrendatario ó colono, salvo pacto en contrario.

22. *Anotaciones de embargo en el Registro de la propiedad y fianzas que se hallan sujetas al pago del Impuesto, y cómo contribuyen.*

En razón á que los actos, cuyo estudio exige la pregunta del Programa que vamos á examinar, son de los más recientemente gravados por el Impuesto, y á que las disposiciones á ellos referentes en el reglamento son bastante concretas, nos limitaremos á la exposición de éstas en el terreno legal.

Según el núm. 7.º del art. 1.º de la ley vigente de 25 de Septiembre de 1892, contribuyen al Impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes, «las anotaciones de embargo que no sean consecuencia *de persecución de hipoteca*, y las de secuestro y prohibición de enajenar que se ordenen practicar en el Registro de la propiedad, á virtud de providencia judicial dictada en asuntos civiles, ó en los criminales en que se proceda á instancia de parte»; y el reglamento de 1.º de Septiembre último, transcribiendo casi á la letra el precepto legal, establece en su art. 11 que «las anotaciones de embargo que no sean consecuencia *de autos ejecutivos para*

hacer efectivos créditos y derechos garantidos con hipoteca, y las de secuestro y prohibición de enajenar que se ordenen en virtud de *auto* ó providencia judicial dictada en asuntos civiles, ó en las criminales en que se proceda á instancia de parte, *ó sea aquellas en que no cabe el procedimiento de oficio*, satisfarán el 0,10 por 100 del importe de la obligación que con ellas se garantice».

Las únicas diferencias que entre ambos preceptos se advierten están reducidas á una ligera aclaración para el caso en que el embargo se trabe sobre los bienes expresamente hipotecados, cuando se persigue la efectividad del crédito garantizado, y otra para el en que sea ordenada su anotación por acto judicial en asuntos criminales en que se procede de oficio; que son los dos únicos casos que la ley y el reglamento exceptúan del pago del Impuesto en este concepto. Claro es que sólo los actos de la clase que examinamos, inscribibles en el Registro de la propiedad, son los gravados con las indicadas excepciones, sin que á nuestro entender pueda pensarse un momento en los embargos de bienes muebles, ni en los convenios particulares sobre este extremo, aunque versen sobre inmuebles y derechos. Creemos muy justificada la exención del Impuesto por este concepto en los casos de anotación de embargo trabado sobre la finca hipotecada, cuando se trata de hacer efectivo el crédito principal, toda vez que implica tal solemnidad y ostenta tal carácter de adherencia la hipoteca inscrita, que el mero hecho del embargo, puro trámite, procesal y externo, no garantiza un ápice más la efectividad de la obligación que se quiere realizar, y ni remotamente puede implicar transmisión de dominio; esta misma razón es la que nos mueve, aun contra respetables opiniones, á asegurar que la exención está concretada al caso expuesto, sin que pueda nunca extenderse á las anotaciones de embargo de otros bienes cuando tenga lugar por no estimarse bastante el de los especialmente hipotecados.

Es igualmente lógica la exención en el caso de procedimiento criminal de oficio; pues se trata del interés del Estado, que sería el contribuyente, y que está exento en todo caso del pago del Impuesto con arreglo á la ley. Entendemos que las anotaciones sujetas al Impuesto, sean de embargo, secuestro ó prohibición de enajenar, sólo lo están cuando se trata de asegurar responsabilidades líquidas y determinadas; porque derogadas por la ley de 30 de Agosto último las cuotas fijas establecidas por la legislación anterior para los casos de cuantía inestimada, no es posible aplicar el tipo general de 0,10 por 100 no existiendo base de imposición.

No estando expresamente gravada la cancelación de anotaciones, creemos que en ningún caso puede contribuir al Impuesto.

También las *fianzas* son materia de imposición en ciertos casos. El reglamento, conforme con el precepto legal concordante, sujeta al Impuesto «las fianzas *judiciales* y *administrativas*, ya sean pignoraticias ó puramente personales, cualquiera que sea el objeto á que se refieran y la clase de documento en que consten», y «satisfarán el 0,10 por 100 del importe de la obligación que con ella se garantice».

Es, pues, condición precisa, que la fianza sea judicial ó administrativa para que sea exigible el Impuesto por su *constitución*, y aun en estos casos no es exigible cuando se constituye directamente en favor del Estado, pues éste sería el obligado al pago, y goza, como hemos dicho de absoluta exención. Lo contrario sucede cuando se trata de la *cancelación* de las fianzas, que, por regla general, no contribuyen, porque no

tán expresamente gravadas más que las constituídas en favor de la Administración. El art. 28 del reglamento, en su núm. 1.°, grava con el tipo de 0,10 por 100 del valor de la obligación garantizada «la cancelación ó extinción de las... fianzas constituídas en favor de la Administración ó de la persona subrogada en los derechos de aquélla para garantir la recaudación de fondos ú otras responsabilidades provenientes del desempeño de cargos ó cumplimiento de contratos», y por consiguiente, éstas son las que contribuyen al ser canceladas.

Para terminar, nos haremos cargo de la última disposición que en este punto inserta el reglamento. Se refiere al caso en que el que obtenga la anotación ó fianza esté declarado pobre para litigar ó procedan tales actos de causas criminales en que se proceda de oficio; y establece que «se practicará la liquidación correspondiente, pero no se exigirá su importe hasta que, terminado definitivamente el pleito ó causa, se lleve á efecto su cancelación»; precepto ajustado á las necesidades de la práctica y que sería más de alabar si, en vez de concretar el aplazamiento al hecho del pago, lo hubiera referido desde luego á la práctica de la liquidación, pues de tal manera se evitarían entorpecimientos en la marcha de las Oficinas liquidadoras.

23. *Cómo contribuyen al Impuesto los bienes aportados á la constitución de toda clase de Sociedades, incluso la conyugal, y cómo las adjudicaciones que se hacen de ellos á la disolución de la Sociedad.*

Sabido es que por la constitución de una Sociedad se crea una nueva personalidad jurídica, capaz de derechos y obligaciones. De aquí que las aportaciones que realizan á la misma los socios que individualmente son personas jurídicas distintas de aquélla, constituyan verdaderas transmisiones de bienes, que caen de lleno dentro de la esfera del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes; y si bien por la especialidad de la forma de constituirse aquellas entidades y por la conveniencia de favorecer y fomentar el espíritu de asociación, sean especiales y más beneficiosos que los consignados en general para toda clase de transmisiones los tipos de liquidación que se aplican á esta clase de contratos.

La legislación vigente respecto al impuesto que devengan las aportaciones que se realicen á favor de las Sociedades en general, arrancan desde la ley de 26 de Diciembre de 1872 y reglamento de 14 de Enero de 1873, en el cual se señaló el tipo de 0,50 por 100 para todas las que hagan á su constitución, excepto en la sociedad conyugal, que fueron declaradas exentas del Impuesto, hasta que por la ley y reglamento de 31 de Diciembre de 1881 se sujetaron al tipo de 0,10 por 100.

El reglamento vigente, en su art. 13, establece que los bienes y derechos aportados á toda clase de Sociedades, excepto la conyugal, pagarán el 0,50 por 100 de su valor. Igual cuota satisfarán al tiempo de disolverse, convertirse ó transformarse dichas Sociedades, por las adjudicaciones ó transmisiones que se hagan á los socios ó á otra Sociedad de los bienes que constituyan el todo ó parte del capital social. Si en estos casos se adjudica al socio la misma clase de bienes que aportó, tratándose de bienes muebles, porque los inmuebles deberán ser siempre los *mismos* aportados para gozar del beneficio, sólo pagará el 0,25 por 100, en cuanto no exceda lo que se le adjudique de la cantidad aportada. En lo que la adjudicación ó participación exceda de lo aportado por el socio, devengará el 0,50 por 100.

En cuanto á la sociedad conyugal, rige lo dispuesto en el núm. 4.º del art. 28 del mismo reglamento, según el cual contribuirán con el 0,10 por 100 del valor de los bienes, las aportaciones de todas clases de bienes ó derechos reales verificadas por cónyuges al constituirse la sociedad legal, así como las adjudicaciones que al disolverse aquélla se les hagan de los mismos bienes ó de otros en pago de sus aportaciones, en cuanto no excedan del valor de éstas y lo que ellos adquieran en concepto de gananciales.

Las aportaciones verificadas por medio de terceras personas, ya se hagan á la sociedad legal, ya á cualquiera de los cónyuges al celebrarse el matrimonio ó durante éste, pagarán por el concepto jurídico en virtud del cual se verifiquen.

La variedad que se observa en la constitución de las Sociedades en general, y en especialidad en la forma de los diversos medios que emplean para atender á sus necesidades, ha exigido se dicten en la materia reglas especiales consignadas en el mismo artículo, según el cual, cuando las Sociedades emitan acciones, la cantidad que de éstas se desembolse por los accionistas será el capital aportado.

Si emitiesen obligaciones, el capital efectivo desembolsado por los obligacionistas se considerará como préstamo y satisfará el 0,10 por 100 tanto á la emisión como á la amortización, debiendo exigirse el Impuesto por este último concepto, aunque la emisión se hubiere verificado en época en que aquel acto no estuviese gravado.

Debe tenerse presente, por ser principio que está hoy vigente, que por Real orden de 5 de Febrero de 1883 se resolvió que las obligaciones emitidas por Compañías y Sociedades con garantía hipotecaria devengarán el 0,50 por 100 del capital hipotecado, y las que no tuviesen dicha garantía, en concepto de obligaciones simples, devengarían el 0,10 por 100; siendo compatibles ambos devengos, según expresamente se consigna en el mismo art. 17 del reglamento, haciendo reglamentaria la doctrina sentada en disposiciones anteriores de la Jurisprudencia administrativa.

La dificultad material que existiría en estos casos para exigir á cada accionista ú obligacionista el impuesto correspondiente á la cancelación de las acciones ú obligaciones, ha originado otra disposición del mismo artículo, por virtud de la cual el impuesto correspondiente á la emisión y amortización de acciones y obligaciones se liquidará y exigirá á la Sociedad, sin perjuicio de que ésta haga efectivo su importe de los accionistas ú obligacionistas cuando proceda, con lo cual se consigua gran facilidad en la exacción del Impuesto, cuyo importe podrá ser descontado á los verdaderamente obligados al pago del mismo, cuando la Sociedad les abone el importe de la amortización ó de los intereses y dividendos correspondientes á aquellos valores.

En las Sociedades de auxilios y socorros mutuos y cooperativas, en las que las cuotas periódicas mensuales ó anuales se canjean ó convierten en acciones, nacerá el deber de satisfacer el Impuesto tan luego se entreguen al accionista los extractos ó acciones, siendo su fecha el día de arranque para contar el plazo de la presentación á la liquidación del Impuesto, según los plazos que para los documentos públicos se señalan en el reglamento.

Conforme á las disposiciones que rigen en el derecho mercantil, la Sociedad tiene un tiempo de duración limitado ó no, pero consignado en la escritura de constitución social; por virtud de esta circunstancia, la personalidad social no puede exceder en su duración de ese plazo, y

éste se prorroga, ha surgido en algún caso la duda de si esto envolvía ó no la creación de una nueva personalidad jurídica, y por tanto, un nuevo devengo del Impuesto correspondiente; el art. 44 del reglamento ha resuelto estas dudas, disponiendo que la prórroga de Sociedad tributará en la misma forma que la constitución, y de igual suerte se liquidará el Impuesto cuando se modifique la Sociedad por la separación de uno ó más socios, siempre que no estuviese previsto el caso en la escritura fundamental, y sin perjuicio del Impuesto que deban satisfacer el socio ó socios que se separen.

Claro es que en este caso la liquidación que se gire por la prórroga habrá de ser tomando por base el capital que resulte después de deducida la parte correspondiente al socio que se separó, que es el valor capital que se aporta á la nueva personalidad jurídica que se reconoce.

Ha de tenerse presente como regla general en la liquidación de todos estos casos, lo prevenido en el art. 44 del reglamento, según el cual en los documentos relativos á liquidación ó disolución de Sociedades habrá de acompañarse forzosamente copia íntegra ó autorizada del último balance, cuyo resultado podrá la Administración comprobar con los libros de la Sociedad, en caso de duda; y en la emisión y amortizaciones de obligaciones, las Sociedades habrán de presentar certificación del acuerdo en virtud del cual se verifiquen, y relación de los títulos, con su valor y numeración.

El liquidador fijará en vista del balance el importe de las deudas que constituyen el pasivo de la Sociedad, teniendo en cuenta que con arreglo á lo declarado por diversas resoluciones, el importe de aquellas responsabilidades, aunque no se haga expresa adjudicación para su pago, debe liquidarse á nombre de los socios ó del que tome á su cargo el satisfacer las deudas por el concepto de adjudicación por vía de comisión ó encargo para pago, y al tipo que corresponde según sean inmuebles ó muebles los bienes de la Sociedad que se destinen á este objeto. Es importante en esta materia de disolución de Sociedades la doctrina consignada en Real decreto-sentencia de 6 de Octubre de 1888, en el que se consigna, que cualquiera que sean las estipulaciones y contratos celebrados entre los socios, al disolverse una Sociedad, no puede prescindirse de la verdadera naturaleza jurídica del acto que entraña, por lo cual, si entre ellos se verifican cesiones de bienes ó de derechos que lleven consigo la de aquéllos, habrá de liquidarse además de las adquisiciones causadas á favor de los socios por virtud de la disolución, lo que corresponda por las cesiones que entre ellos realicen.

Para sujetar al Impuesto los actos y contratos verificados por las Sociedades relativos á su constitución, modificación, prórroga y disolución, atiende la legislación del Impuesto al lugar en que fije su domicilio la Sociedad, según así se resolvió por Real orden de 13 de Mayo de 1893. Esto no obstante, las Sociedades constituidas en el extranjero ó en territorio español donde no rige el reglamento de derechos reales, pero que hagan operaciones donde el citado Impuesto se exige, deberán contribuir por el mismo, y en la forma que las demás, por la parte de capital aportado se destinen, según sus balances, á dichas operaciones parciales. Un concepto especial de liquidación, consignado ya en el reglamento de 23 de Septiembre de 1892, es el que dispone se liquidará por el concepto de extinción de Sociedad la división material de las cosas poseídas proindiviso, siempre que el título de adquisición no proceda de herencia, legado ó donación.

Es de notar en este punto la contradicción que resulta en el criterio del legislador, pues liquidándose la extinción de esta clase de Sociedades, que pudieramos llamar *presuntas*, no se sujeta á pago su constitución.

Con mayor lógica resolvió la Real orden de 23 de Mayo de 1883, que la asociación de los herederos de una persona para continuar la explotación de un establecimiento industrial, constituye Sociedad para los efectos del Impuesto.

Respecto de la disolución de la Sociedad conyugal debe tenerse en cuenta que, según lo resuelto en Real orden de 6 de Junio de 1886, la adjudicación en pago de bienes que tengan la consideración de parafernales tributa por el mismo tipo que la de los bienes gananciales.

24. *Réglas para la liquidación del impuesto correspondiente á las transacciones litigiosas, y cuándo debe reconocérseles este carácter.*

Siendo la *transacción* un contrato en cuya virtud las partes que han sostenido sus respectivos derechos los reconocen ó ceden de ellos en todo ó en parte mediante estipulaciones de muy diversas clases, es claro que de él han de derivarse transmisiones de bienes y derechos que caen dentro del terreno gravado por el Impuesto; pero en muchos casos el que adquiere por título de transacción no realiza en rigor verdadera adquisición, pues únicamente tiene el reconocimiento de su dominio ó derecho; y por otra parte, si este hecho fuere bastante á conseguir la declaración de exención por las transmisiones realizadas en todo caso por título de transacción, sería esta el medio eficacísimo de eludir el pago por las transmisiones de bienes.

Para evitar estos inconvenientes, determina el reglamento las condiciones que ha de tener el contrato para que puedan serle aplicables las disposiciones relativas al de transacción; y dice que «los convenios ó contratos entre partes, aun cuando tengan el carácter de transacción y así se haga constar en los documentos públicos ó privados correspondientes, se liquidarán como cesiones, adjudicaciones, donaciones, etc., si la cuestión surgida que los motiva no ha adquirido verdadero carácter litigioso por la incoación de procedimientos judiciales»; en la inteligencia de que «para que la transacción se repute tal, á los efectos del Impuesto, es indispensable que se realicen después de entablada la demanda ó de celebrado el acto de conciliación, ó bien en el acto del juicio conciliatorio».

Hay que distinguir los casos según que, alegando las partes su respectivo derecho, quede éste reconocido en favor de uno de ellos, ó que, por virtud de la transacción, resulte alterado el título por que en definitiva adquieran. En el primer caso «satisfará el Impuesto aquel en cuyo favor quede la cosa ó derecho objeto del litigio, y con arreglo al tipo correspondiente al título en virtud del cual se le adjudique, declare y reconozca», y si «no se alegare título determinante de la transacción (caso que no ocurrirá con frecuencia), se liquidará el Impuesto en concepto de cesión». En el segundo caso, es decir, «si en la transacción mediasen condiciones tales, como constitución de pensiones, reconocimiento de derechos reales, entrega á metálico, cambio ó permuta de bienes ú otras que alteren, respecto á todo ó parte de los bienes ó derechos reales objeto de la transacción, la naturaleza del acto ó título que se haya ostentado entablar la demanda, se liquidará el Impuesto por el concepto respectivo rescindiendo de dicho acto ó título». Puede también suceder que por v

tud de la transacción se estipulen condiciones que alteren la naturaleza del acto ó título sólo en parte, y quede reconocido éste subsistente en lo demás; y en este caso, «cuando á consecuencia de dichas condiciones resulte alterada la naturaleza del acto ó título, fundamento de la demanda, respecto á una parte de los bienes, quedando subsistente en cuanto á otra, se liquidará el Impuesto por cada una de ellas», en la forma expresada para el caso anterior.

Como puede ocurrir, y así será en muchos casos, que con anterioridad á la transacción se haya satisfecho por alguna de las partes el Impuesto correspondiente á la adquisición de los bienes ó derechos en litigio, si por virtud de la transacción quedan éstos en poder de quien ya los poseía, no existe, como hemos apuntado antes, verdadera transmisión de dominio, sino un simple reconocimiento de él y no puede exigirse nuevo pago á aquel que ya lo había realizado, porque á una sola transmisión, según doctrina reglamentaria, corresponde un solo pago. En su virtud, previene el reglamento la necesidad de que se justifique el pago por la adquisición primera, para poder eximirse del que en otro caso se exigiría por la transacción, y establece que «cuando por efecto de la transacción queden los bienes ó derechos reales en poder del que los poseía, éste no pagará el Impuesto si resulta debidamente justificado que lo satisfizo en la época en que adquirió el dominio ó la posesión»; esta justificación ha de hacerse con los documentos mismos en que conste la nota de liquidación ó con los que expide la Administración para resguardo de los contribuyentes.

25. *Cuándo y cómo contribuyen al Impuesto las transmisiones de bienes muebles, según sean temporales ó definitivas, y los préstamos personales ó sin garantía real.*

Las transmisiones de bienes de todas clases han sido siempre la base para la exacción del Impuesto; pero la naturaleza especial de los bienes muebles respecto de la utilidad y beneficio que prestan, y respecto de su duración y forma de aprovechamiento, con relación á las de los inmuebles, han originado diferencias importantes en la exacción del gravamen correspondiente á las transmisiones de aquéllos.

Por estas razones, y aparte de las disposiciones relativas á las alcabalas, que comprendían también las transmisiones de bienes muebles, es lo cierto que las transmisiones de esta clase de bienes únicamente estuvieron sujetas en las causadas por razón de herencia, legado ó donación *mortis causa*, á partir de la Real cédula de 19 de Septiembre de 1798, en la que se les señalaban tipos distintos que en las herencias de inmuebles, que se equipararon por la Real cédula de 24 de Noviembre de 1800, y disposiciones posteriores, hasta que la ley de Presupuestos de 25 de Junio de 1864 asignó á las herencias y legados de bienes muebles tipos menores que los fijados para los raíces.

Continuaron, sin embargo, no sujetos al pago en las transmisiones á título oneroso hasta la legislación contenida en la ley de 26 de Diciembre de 1872 y el Reglamento de 14 de Enero siguiente, que gravó su transmisión cuando se verificara por consecuencia de actos judiciales ó administrativos, ó en virtud de contratos no hipotecarios otorgados ante Notario, señalando el tipo de 1 por 100 si la transmisión, adjudicación, declaración ó reconocimiento de ellos fuese perpetua, indefinida ó irrevocable, y con el 1 por 100 cuando se transmitiesen revocable ó temporalmente.

La misma legislación citada equiparó completa y desde entonces definitivamente los tipos de transmisión por herencia, legado y donación *mortis causa* de los bienes muebles á los señalados para la de los inmuebles, salvo la exención relativa á la adquisición por título hereditario de los muebles que forman el ajuar de casa y ropas de uso personal, que después la ley de 31 de Diciembre de 1881 y reglamento de la misma fecha sujetó al impuesto de 0,10 por 100.

La legislación vigente, conforme en un todo con la contenida en el reglamento de 25 de Septiembre de 1892, elevó los tipos citados al 2 por 100 del valor en las transmisiones á título oneroso de esta clase de bienes que se verifiquen en virtud de actos judiciales y administrativos ó de contratos otorgados ante Notario, y disponiendo que los bienes muebles que en virtud de actos ó contratos de la clase anteriormente expresada se transmitan revocable ó temporalmente, contribuirán por la mitad del tipo señalado á las transmisiones definitivas.

Se ve, por consiguiente, que las transmisiones de bienes muebles están sujetas al Impuesto en todas las transmisiones á título lucrativo, y en las que sean á título oneroso, solamente cuando se transmiten en la forma expresada: no estando, por tanto, sujetas las transmisiones que de los mismos se realicen por documento privado ó por acto que no sea judicial ó administrativo; los tipos aplicables son, en las herencias, los señalados en general á esta clase de adquisiciones, excepto en cuanto á los muebles y efectos que constituyen el ajuar de casa y ropas de uso personal, debiendo advertirse que dentro de la palabra *ajuar*, no pueden comprenderse, y por consiguiente, tributaran por los tipos ordinarios de la tarifa, las alhajas de cualquier clase que sean, los muebles destinados á la industria y comercio, los efectos de los establecimientos mercantiles, agrícolas é industriales, ni aquellos bienes que por su número y cuantía constituyen una riqueza artística ó literaria que no pueden ser de uso común en una casa, como, por ejemplo, las bibliotecas y las colecciones de monedas, cuadros, antigüedades, etc.

Conforme al art. 4.° del reglamento, pagarán el tipo de 0,50 por 100 de su valor las adjudicaciones de muebles que se hagan por vía de comisión ó encargo para pago de deudas, considerándose este pago como definitivo.

No obstante el principio general para la exacción del Impuesto en las transmisiones á título oneroso de esta clase de bienes, que exige un contrato ante Notario la legislación del Impuesto sujeta al pago, con el tipo de 0,10 por 100 de su valor, las transmisiones de acciones y obligaciones de minas que tengan lugar por endoso, con arreglo á los estatutos de la Sociedad emisora, aunque en dicha transmisión no intervengan los Agentes de Comercio, á quienes el Código mercantil atribuye el carácter de Notarios. Para la aplicación de estos preceptos es preciso tener presente, aparte de las disposiciones generales del derecho común y administrativo, que habrán de observarse para determinar la naturaleza mueble de los bienes transmitidos, en que el art. 40 del reglamento previene deben estimarse muebles, con arreglo á lo declarado en el art. 4.° de la ley Hipotecaria, los oficios públicos enajenados de la Corona, las inscripciones de la Deuda pública, y las acciones ú obligaciones de Bancos y Compañías mercantiles ó industriales, aunque sean nominativas.

La propiedad minera contribuirá en concepto de muebles cuando esté representada por acciones nominativas y al portador, sea cualquiera título de la transmisión y el documento en que se haga constar.

Los bienes muebles siguen, en cuanto á la determinación de si está

no sujetos al Impuesto, por razón de la situación en que se encuentren, las reglas generales establecidas en el art. 38 del reglamento; es decir, que siguen la condición del territorio en que se hallen situados ó constituídos; pero como son diferentes las circunstancias que para determinar este dato concurren en los bienes muebles é inmuebles, previene el mismo artículo, respecto á los bienes muebles, que si no constase de un modo cierto el punto en que se hallen situados ó constituídos, se considerarán que están en el lugar de la vecindad del adquirente; que los títulos de la Deuda pública y las acciones ú obligaciones de Bancos, Sociedades ó Compañías mercantiles é industriales que tengan su domicilio en España, aunque se hallen constituídas ó depositadas en el extranjero, estarán sujetas al Impuesto; y que los títulos de la Deuda pública extranjera, así como los de Sociedades también extranjeras pertenecientes á españoles ó naturalizados en España, se considerarán sujetos al Impuesto cuando se transmitan por título hereditario.

Además de estas disposiciones, es de general aplicación en la práctica la contenida en el último párrafo del art. 46 del reglamento, conforme al cual no se considerarán sujetas al impuesto las cantidades en metálico que constituyan precio de bienes muebles ó inmuebles ó pago de servicios personales.

La razón de esta excepción se encuentra fácilmente, en que exigiéndose en el primer caso el Impuesto al adquirente de los bienes por la transmisión sería un doble devengo exigirla también por el precio que reciba el comprador; y en el segundo, porque el que pagó lo que debe por razón de servicios personales que se le han prestado, no transmite el dominio de bienes muebles, por ser el metálico en este caso *precio* de aquéllos.

Los préstamos sin hipoteca, que desde 1.º de Enero de 1830 á 26 de Mayo de 1838 devengaban el 0,50 por 100, se declararon sujetos al Impuesto como transmisiones temporales de bienes muebles por la ley de 26 de Diciembre de 1872 y el reglamento de 14 de Enero de 1873, al consignarse en la tarifa su referencia al concepto de *muebles* y *semovientes*; á pesar de eso, la Dirección general de Contribuciones declaró con repetición que los citados préstamos no devengaban Impuesto; poniéndose fin á esta contradicción por la ley y reglamento de 31 de Diciembre de 1881, que es el origen de la legislación vigente.

Según está contenida en el art. 48 del reglamento de 1.º de Septiembre de 1886, los préstamos personales constituídos ó reconocidos por contrato otorgado ante Notario ó funcionario administrativo ó judicial, y los que se realicen con garantía de efectos públicos ó de valores industriales ó comerciales, cualquiera que sea la forma y origen de su constitución y la denominación con que se les conozca, siempre que interviniendo la operación Agente de Bolsa ó Corredor de Comercio, por su perfeccionamiento llegue á existir la transmisión del dominio que el derecho exige por la entrega de metálico, están sujetos al Impuesto de derechos reales con arreglo á los artículos 1.º y 2.º de la ley de 25 de Septiembre de 1892, satisfaciendo el 0,40 por 100 si su cuantía excede de 000 pesetas, y el 0,05 por 100 hasta dicha cantidad, y liquidándose en misma forma y dentro de los plazos que los demás contratos, á tenor de lo que disponen los artículos 55, párrafo primero y 56 de este reglamento, salvo lo que se dispone en el art. 424 respecto de la facultad que tienen los Bancos y Sociedades que verifican préstamos de realizar por la liquidación y el cobro del Impuesto correspondiente, que deberán ingresar después en las arcas del Tesoro.

Las renovaciones totales ó parciales de dichos préstamos que se efectúen después de transcurrido el primer año, á partir de su constitución, se considerarán como nuevos préstamos para los efectos del Impuesto, y contribuirán en igual forma que al constituirse por vez primera; pero si se realizan dichas renovaciones dentro del año citado, ó del siguiente ó siguientes á la renovación que hubiese contribuido, entonces el Impuesto no será exigible.

Los préstamos garantidos con hipoteca satisfarán sólo por este concepto con arreglo á lo preceptuado en el art. 6.° del reglamento. El Impuesto se satisfará en esta clase de contratos por el que recibe la cantidad objeto del préstamo ó reconoce la obligación de devolver lo que contienen adeudar, por ser ésta la persona á cuyo favor se realiza la transmisión temporal de bienes muebles que el préstamo entraña.

Se ha suscitado cuestión acerca de si debe ó no devengar impuesto la extinción del préstamo cuando se hace constar la devolución de la cantidad prestada mediante escritura pública, y aunque no ha dejado de sostenerse que en este caso procede un nuevo devengo, nosotros creemos, con arreglo á los términos en que está redactada la tarifa vigente, que este acto no esté comprendido en ella, según así se declaró con carácter general por Real orden de 13 de Mayo de 1884.

28. *Reglas para la liquidación de los fideicomisos, y de las adquisiciones de bienes y derechos reales correspondientes á la mitad reservable de vínculos y mayorazgos.*

Dada la radicalísima reforma introducida en la materia de *fideicomisos* ó sustituciones fideicomisarias por la publicación del Código civil, y respetando éste, según la disposición transitoria segunda del mismo, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador, hoy prohibidas, siempre que hayan nacido al amparo de la legislación anterior, es natural que la legislación del Impuesto grave en distinta forma los fideicomisos según los casos.

En los fideicomisos, para aplicar los bienes según las instrucciones reservadas del testador, y que sean eficaces porque tengan su origen legal en el régimen anterior al vigente Código civil, concede la ley el plazo de un año, previo el pago del 2 por 100, para declarar cuál sea la voluntad del testador; si así lo hiciese el fiduciario, se girarán á los fideicomitarios las oportunas liquidaciones atendiendo al grado de parentesco con el testador, deduciendo de éstas el 2 por 100 antes satisfecho. En el caso de que el fiduciario no revele la voluntad del testador, puede suponerse fundadamente que la mayor parte de las veces cubre el fideicomiso una efectiva adquisición realizada por el fiduciario á título de herencia, estimándolo así el reglamento, previniendo que si no se publicase en el término de un año la voluntad del testador, se completará por el fiduciario el pago hasta alcanzar la cuota correspondiente al tipo del 9 por 100 fijado en la tarifa para las sucesiones entre extraños. Si en algún caso, cual es el de la inversión de los bienes en favor del alma del testador, tipo de liquidación correspondiente al grado de parentesco fuere menor del 2 por 100, se considerará como definitivo el pago realizado con arreglo á tal tipo, sin ulteriores consecuencias para el Tesoro ni para el contribuyente, no procediendo, por tanto, en favor de éste devolución alguna.

Puede suceder que el testador, al establecer la sustitución fideicomisaria, conceda al fiduciario ó persona encargada de transmitir la her-

cia la facultad de disfrutar ésta en todo ó parte, temporal ó vitaliciamente; cuando esto ocurra estima el reglamento que existe una verdadera constitución de usufructo, y en su virtud, considerando á aquél como usufructuario, le impone la obligación de pagar en tal concepto y con arreglo al grado de parentesco que le una con el causante. «El tercero ó terceros llamados al disfrute del fideicomiso, serán considerados como herederos sustitutos, pagando también según la relación de parentesco que tengan con la persona que los instituyó.»

«En los fideicomisos en que se dejen en propiedad los bienes hereditarios al heredero fiduciario, aun cuando esa con la obligación de levantar alguna carga, se liquidará el Impuesto como herencia en propiedad, con deducción de la carga si fuera deducible, por la cual satisfará el Impuesto el que adquiera el beneficio consiguiente al gravamen impuesto al heredero; es decir, que procederá una liquidación al fiduciario con deducción de la carga, en su caso, por el total de la herencia, y otra al beneficiario de la carga por el concepto y tipo que sea procedente.»

Como quiera que todavía existen muchos casos de adquisiciones de bienes y derechos reales, por título hereditario, correspondientes á la mitad reservable, según las leyes desvinculadoras, en los *mayorazgos* y *vínculos*, distingue la ley dos casos, según que al ocurrir el fallecimiento del poseedor se hubiera hecho ó no la división de los bienes; y dispone para el primero, es decir, si á la defunción del poseedor estuvieren previamente divididos los bienes vinculados, que los inmediatos sucesores satisfarán el 2 por 100 correspondiente á dicha mitad reservable; previniendo en el segundo caso, ó sea el de indivisión, que el Impuesto indicado, al tipo de 2 por 100, ha de satisfacerse en los plazos que señala el vigente reglamento para la presentación de documentos correspondientes á herencias y legados en los demás casos.

Por más que el enunciado de la pregunta no lo exija terminantemente, como la materia de *sustituciones*, que el reglamento trata á continuación de los fideicomisos, es importantísima, creemos muy del caso exponer brevemente las disposiciones que rigen en el particular.

«Cuando el testador dispusiera de sus bienes sustituyendo unos herederos á otros, se pagará el Impuesto, en cada sustitución, con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante.

«Si los herederos instituídos en tal concepto no tuvieren derecho en ningún caso á disponer de la herencia, ya por actos entre vivos ó por causa de muerte, se reputarán como meros usufructuarios; pero si no se les pone aquella limitación, ó, estableciéndola, la fuese con condición resolutoria, se liquidará por la plena propiedad, sin derecho á devolución alguna, aun cuando por cumplirse la condición impuesta, haya de pasar la herencia al sustituto designado.

«Si la condición impuesta al heredero fuese la de que para disponer de los bienes libremente haya de acreditar su necesidad enajenando antes los suyos propios, la adquisición se entenderá en plena propiedad y liquidará en tal concepto cuando se cumpla la condición. Del mismo modo se liquidará cuando el cumplimiento de la condición, con tal objeto impuesta, dependa de la exclusiva voluntad del instituído el día en que tenga efecto.»

Hemos transcrito las precedentes disposiciones, por ser de necesaria aplicación en los casos de sustitución fideicomisaria, y como estudio que estiera haber precedido al de esta.

87. Cómo se liquidan las informaciones de posesión practicadas para inscribir bienes en el Registro.

Para plantear la reforma hipotecaria y conseguir la inscripción de todas las fincas, á fin de constituir sobre sólidas bases el crédito territorial en España, se tropezó con el inconveniente de que muchos de los dueños carecían de títulos que acreditaran su propiedad. A esto acudió la ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, permitiendo, en el art. 397 y siguientes, que en defecto del título de propiedad, se acreditase la posesión á favor de la persona á cuyo nombre se habían de inscribir las fincas en el Registro ante el Juez de primera instancia del lugar en que radicaran los bienes, y por declaraciones de testigos con los requisitos y formalidades prescritos al efecto. Posteriormente, para remover los obstáculos que pudieran oponerse á la inscripción y facilitarla, se dispuso por Real decreto de 25 de Octubre de 1867, comprendido en el art. 400 de la ley Hipotecaria reformada, que podía verificarse la de la posesión presentando una certificación del Alcalde del pueblo en cuyo término municipal radicasen los bienes, en la cual se acreditara que estos se tuvieron en cuenta al fijar la última cuota de contribución y que el interesado la venía pagando *como dueño* de los mismos.

Al plantearse la reforma hipotecaria y durante los años en que estuvo vigente la prórroga concedida para inscribir bienes y derechos adquiridos antes del año 1863, no se exigió pago alguno á estas clases de documentos, porque estaban incluídos en el beneficio que les concedió el artículo 390 de la ley Hipotecaria. Desde que concluyó la última prórroga en 3 de Junio de 1874 dejó de existir el fundamento de la exención, y no cabe duda de que han de satisfacer el impuesto que devenguen según las épocas en que se hubieran verificado. Debemos, sin embargo, mencionar, como muestra de la disparidad de criterio á que se presta la materia, que la Real orden de 13 de Diciembre de 1867 declaró que las inscripciones posesorias podían extenderse en los Registros de la propiedad, sin que los documentos que las motivaran hubieran de contener nota alguna relativa al impuesto; dándose como fundamento de esta disposición el que por dichos documentos (que sólo pueden ser los expedientes de posesión) no se constituye, transmite, reconoce, modifica, ni extingue derecho alguno, siendo su único objeto acreditar el hecho de la posesión. Sea de esto lo que quiera, es lo cierto que, dictado el decreto de 10 de Enero de 1885, que ha declarado inscribible la posesión aunque se haya adquirido después de 1.° de Enero de 1863, estas adquisiciones que se invocan al tratar de inscribir la posesión están sujetas al Impuesto desde que empezó á regir el reglamento de 14 de Enero de 1873, devengando el tipo correspondiente al concepto de adquisición que se justificase, según la tarifa vigente, en la fecha de la realización de dicho acto, y si no se alegare acto adquisitivo ó, alegado, no se justificase, han de contribuir por el 3 por 100.

Los dos medios que antes existían para justificar la posesión al efecto de poder inscribirse en el Registro de la propiedad, como eran la certificación catastral y el expediente posesorio, han quedado reducidos á uno solo, por haber derogado la ley de 17 de Julio de 1877 los artículos 400 y 401 de la Hipotecaria. Según aquélla, la posesión sólo puede ser inscrita previa presentación del expediente, instruído con arreglo al art. 391 de dicha ley Hipotecaria, acompañado de un certificado del Alcalde de pueblo donde radiquen las fincas, autorizado además por el Regidor Síndico y Secretario del Ayuntamiento, en la que se acredite que el inter-

cuál pagó la contribución por las fincas á título de dueño, determinando la cantidad con que contribuyó cada finca, si constare, ó que todas ellas se tuvieron en cuenta al fijar la última cuota de contribución repartida. Sólo con estos requisitos se puede en la actualidad inscribir la posesión á favor de particulares, y por decreto de 20 de Mayo de 1878 se previno á los Registradores que no admitan á inscripción las certificaciones á que se refieren los artículos 400 y 404 derogados, cualquiera que sea la fecha en que aparecieren extendidas.

La legislación vigente en la actualidad se encuentra basada en los principios antes expuestos, y en su consecuencia, dispone el art. 26 del reglamento de 1.° de Septiembre último que las informaciones posesorias por adquisiciones de cualquier clase, anteriores á la ley Hipotecaria, estarán libres del Impuesto. Las referentes á adquisiciones posteriores á dicha fecha, pagarán el 1 por 100 si el título de transmisión que se alega es el de herencia ó legado entre ascendientes y descendientes, cónyuges y hermanos, y el 3 por 100 en los demás casos.

Según el art. 27 del mismo reglamento, cuando en la información posesoria, exceptuando las anteriores á la ley Hipotecaria, no se alegue título, ó, alegándolos, no se precise la fecha de la adquisición, así como cuando los bienes transmitidos no hubiesen estado amillarados á nombre del causante de la sucesión, se liquidará al 3 por 100.

Se ve, por consiguiente, que en la liquidación de esta clase de documentos resultan beneficiadas las adquisiciones á favor de cónyuges y hermanos, sin que podamos acertar cuál será el fundamento de esta diferencia, en relación con los principios generales establecidos, siendo así que el interés del Fisco y el de la debida formalidad en lo que á titulación se refiere, aconsejaba más bien un mayor rigor respecto á esta clase de documentos.

Aunque en las informaciones posesorias se alega por regla general el título adquisitivo de herencia, y en este concepto creemos están sujetos á la comprobación de valores que para las adquisiciones á título lucrativo señalan los artículos 76 y siguientes del reglamento, es lo cierto que, con arreglo á lo que preceptúa el art. 58, los plazos para su presentación á liquidar no son los relativos á las adquisiciones por herencia, sino el de treinta días, á contar desde su autorización, ó sea desde que se firme el auto aprobándolas, debiéndose presentar por igual razón, no en la Oficina liquidadora á que corresponda el lugar en que se causó la sucesión, sino en la correspondiente al lugar en que se autorice, que es el mismo en que se ha tramitado el expediente.

28. *Prescripciones del reglamento del Impuesto para regular la competencia de las Oficinas liquidadoras.*

La ley del Impuesto concede á los liquidadores por derechos de examen de documentos, notas y prácticas de las liquidaciones, ciertos derechos, que llama *honorarios*, y consisten principalmente en una cantidad igual á 4,50 por 100 de la cuota liquidada para el Tesoro, encomendada la liquidación en las capitales de provincia á los Abogados del Estado, funcionarios retribuídos con sueldo fijo y sin emolumentos de otra clase, los honorarios que como liquidadores devengan, ingresan íntegros en beneficio de la Hacienda pública. Es, por tanto, natural el empeño de atribuir las Oficinas liquidadoras de las capitales de provincia la competencia en

el mayor número de casos posible, porque en dichas capitales es, por regla general, donde tiene lugar la mayor contratación.

Dispone el reglamento vigente, que «todo documento que contenga acto ó contrato, sujeto ó no al pago del impuesto, ha de presentarse forzosamente en la Oficina liquidadora á que corresponda dentro de los plazos que se señalan... y bajo la sanción penal establecida...» Mas como no puede exigirse á los interesados que sepan en todo caso cual sea la Oficina liquidadora competente, y con el fin de evitar perjuicios innecesarios, establece que «si un documento fuese presentado en la Oficina que no fuere competente para liquidar, conforme á las reglas establecidas..., el liquidador lo devolverá al interesado, haciendo constar dicha circunstancia por medio de nota puesta á continuación del documento, en el cual indicará la Oficina ú Oficinas ante las cuales deba presentarse».

Sentadas estas bases generales, entra el reglamento á determinar la competencia de las Oficinas, atendiendo á diversas consideraciones, y en su virtud dispone en su art. 55, que «la presentación de documentos á la liquidación del Impuesto de derechos reales se hará con sujeción á las siguientes reglas:

«1.ª Los documentos *públicos ó privados*, comprensivos de actos ó contratos *entre vivos*, se presentarán precisamente en la Oficina liquidadora del partido *donde se autoricen*, y los referentes á actos por *causa de muerte*, bien en *dicha Oficina*, bien en la del lugar donde hubiere *ocurrido el fallecimiento*; con la obligación, por parte del liquidador, donde se efectuase la presentación, de dar conocimiento dentro de treinta días al de la Oficina donde pudo igualmente haberse verificado.

»2.ª Los documentos *privados* referentes á transmisiones *por causa de muerte*, se presentarán *forzosamente* en la Oficina liquidadora del partido donde hubiese *ocurrido el fallecimiento* del causante.»

Dado lo terminante de este precepto, que atribuye competencia exclusiva en los casos de transmisiones hereditarias que consten en documento privado á la Oficina del lugar del fallecimiento, debemos creer que la segunda parte de la regla primera ha de contraerse exclusivamente al caso en que dichas transmisiones consten en documento público, si se quieren armonizar ambos preceptos.

»3.ª Cuando se trate de documentos relativos á transmisiones por causa de muerte, todos los testimonios de bijuela habrán de presentarse á la liquidación en la misma Oficina; debiendo aquella en que primeramente se hubiera verificado la presentación de uno de ellos, exigir la de los demás.

»4.ª Los documentos referentes á *actos entre vivos* ó *contratos* celebrados en el extranjero ó territorio español donde no tenga aplicación este reglamento, por los que se transmitan bienes ó se reconozcan derechos gravados por el mismo, se presentarán y liquidarán dentro de los plazos legales en cualquiera de las Oficinas liquidadoras donde radiquen. En las mismas Oficinas se presentarán y liquidarán los documentos otorgados en el extranjero ó en el territorio antes expresado, relativos á transmisiones *hereditarias* de bienes sujetos al Impuesto cuyo causante hubiere fallecido fuera de España ó en dicho territorio (exceptuado), debiendo, tanto en este caso como en el anterior, dar cuenta el liquidador á la Dirección general de Contribuciones directas; pero si los documentos se otorgaren en lugar donde este reglamento sija, será competente para liquidar la Oficina del partido donde estuviere domiciliado el Notario, ó radicase la Oficina ó Tribunal autorizante.

»5.ª Si un mismo acto ó contrato diese lugar á dos liquidaciones sucesivas, la segunda deberá efectuarse en la Oficina donde se hubiese practicado la primera.»

Esta última disposición, unida á la que consigna la regla tercera, además de regularizar la marcha de los trabajos en las Oficinas liquidadoras, evita los graves inconvenientes á que podría dar lugar el diferente criterio, que para la interpretación de un punto dudoso de derecho, tuviesen los liquidadores de las distintas Oficinas en que se presentasen documentos referentes á un mismo acto; consiguiendo también que no se dupliquen los pagos por desconocimiento de los que pudieran realizarse en varias Oficinas que conociesen del mismo acto al mismo tiempo.

29. *Plazos establecidos para la presentación de documentos, conforme á la naturaleza de los actos y contratos contenidos en ellos.*

Siendo el Impuesto obligación legal de satisfacer á la Hacienda pública un gravamen determinado impuesto sobre la riqueza, y que se exige en vista de los documentos en que se hacen constar determinadas manifestaciones de la misma, los derechos fiscales exigen necesariamente que nadie pueda sustraerse al cumplimiento del deber de presentar á liquidar los documentos sujetos al mismo, y de aquí el señalamiento de los plazos en que esto ha de tener lugar, bajo las penas que las disposiciones reglamentarias establecen.

Para determinar los plazos en cada caso, se establece en el reglamento una distinción entre los documentos relativos á contratos, actos judiciales ó administrativos, informaciones posesorias ó de dominio, y los relativos á herencias y legados. Con arreglo al art. 58 del reglamento, los documentos referentes á toda clase de contratos, así como las informaciones posesorias ó de dominio, se presentarán á la liquidación del Impuesto dentro de los treinta días hábiles siguientes al de su otorgamiento ó autorización. Para la presentación de los documentos á que hace referencia el párrafo tercero del art. 67, se tendrá en cuenta lo que en el mismo se dispone en cuanto á la fecha en que debe hacerse la liquidación y llevarse á cabo la exacción del Impuesto.

Los documentos á que hace referencia el párrafo tercero del artículo citado, son los préstamos en los que no pueda desde luego fijarse su cuantía, como sucede en los créditos con garantía de efectos públicos, y que tendrán obligación de presentarse á liquidar el Impuesto cuando se liquida anualmente el crédito ó antes si terminase la operación.

Los testimonios ó certificados de ejecutorias y actos judiciales ó administrativos se presentarán en el mismo plazo expresado antes, á contar desde la fecha en que los fallos judiciales ó las resoluciones y actos administrativos fueren ejecutorios, aun cuando por consecuencia de dichos fallos ó resoluciones, y en ejecución de los mismos, haya de otorgarse escritura ú otro documento público á favor del adquirente.

El plazo empieza á contarse desde la fecha del otorgamiento en los documentos públicos, en los que el Notario tiene obligación de advertir á los interesados el deber de presentar el documento á la Oficina liquidadora dentro del plazo prefijado; la fecha de la autorización se refiere á la de los actos de aprobación de las informaciones posesorias ó de dominio, y de las subastas judiciales y resoluciones administrativas que producen actos sujetos al Impuesto.

Los actos y contratos que se presenten á liquidar mediante testimonio

de los fallos judiciales ó resolución administrativa, excluyen el nuevo devengo del impuesto, cuando por efecto del otorgamiento de escritura que sea necesaria en cada caso se presentan de nuevo á liquidar los mismos actos ó contratos, haciéndose aplicación á los mismos del devengo ya satisfecho por medio de nota suscrita por el liquidador. La presentación de los documentos se hace constar en un registro especial que se lleva en cada Oficina liquidadora, á cuyo efecto se numeran correlativamente los documentos de todas clases que se presenten á liquidar. Conforme á los principios generales que rigen en derecho respecto de los plazos, en los que se cuentan por días, se entiende siempre por días hábiles, y en los señalados por meses, computándose éstos por treinta días.

Las disposiciones citadas se aplican á los documentos que se otorguen ó expidan en España é islas adyacentes; pero con arreglo al art. 59 del reglamento, los documentos á que se refiere el artículo anterior, que se otorguen en otra nación de Europa, se presentarán en el plazo de ocho meses; de dos años los que se otorguen en Africa ó América, y de tres años si hubieren sido otorgados en Asia ú otros países.

El plazo para la presentación de documentos relativos á herencias y legados será de seis meses, á contar desde el fallecimiento del causante. Este plazo *será prorrogable á instancia de los interesados* por la Delegación de Hacienda por otros seis meses, sin que sea preciso justificar la causa que motive la pretensión, siempre que se solicite dentro del primero de dichos plazos y se acompañe el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate.

Cuando la sucesión dependa del nacimiento de un póstumo, se contará el primer plazo de seis meses desde la fecha de su nacimiento.

Es de advertir que, con arreglo á lo dispuesto en la base 5.ª de la ley de 30 de Agosto de 1896, las prórrogas que concedan los Delegados de Hacienda desde 1.º de Septiembre siguiente, que antes no devengaban intereses de demora alguno, llevan necesariamente consigo la obligación de satisfacer el interés de 6 por 100 de la cantidad que por impuesto devengue el acto ó contrato á que se refiere la gracia, desde el día siguiente á la fecha en que termine el plazo prorrogado hasta el en que sea presentado el documento á la liquidación, cuyo interés no será condonable.

Además de esta prórroga que pueden conceder los Delegados de Hacienda, el art. 66 del reglamento autoriza al Ministerio del Ramo para conceder otra prórroga por un plazo no mayor que el reglamentario ya transcurrido; para conceder esta prórroga es preciso que existan circunstancias muy atendibles, debidamente justificadas, y que se solicite antes de espirar el plazo, llevando consigo la obligación de satisfacer el interés del 6 por 100 anual en la forma antes consignada.

Dentro de los plazos expresados habrán de presentarse necesariamente los documentos á la liquidación, ó solicitarse liquidación provisional en la forma que señala el reglamento, de la que no nos ocupamos aquí por ser objeto de distinta pregunta del Programa.

Los plazos de medio año y un año, fijados para la presentación de documentos referentes á herencias y legados, se ampliarán á nueve meses y año y medio, respectivamente, si el fallecimiento ocurriese en otra nación de Europa; á uno y dos años si hubiera tenido lugar en Africa ó América y á año y medio y tres años si hubiese ocurrido en Asia ú otros países. La ampliación del plazo ordinario deberá concederse por el Ministerio de Hacienda.

Si al vencer el plazo señalado para verificar la liquidación provisional

no fuesen conocidos los herederos, los administradores ó poseedores por cualquier título de los bienes hereditarios deberán presentar, antes del vencimiento del plazo, los documentos que se exigen para practicar la liquidación provisional, excepto la relación de herederos; girándose entonces la liquidación provisional á cargo de la representación del causante y al tipo correspondiente á la sucesión entre extraños, sin perjuicio de la devolución que proceda de lo satisfecho de más, una vez hecha la declaración judicial de herederos y practicada la liquidación definitiva, si en ésta se justificara el parentesco de aquéllos. El plazo para solicitar la devolución será el de cinco años, á contar desde la liquidación definitiva.

30. *Cuándo y cómo pueden solicitarse liquidación provisional y liquidación parcial en las sucesiones hereditarias, y procedimiento para efectuarlas.*

Establecidos por el reglamento los plazos en que han de ser presentados á la liquidación del Impuesto los documentos comprensivos de transmisiones de dominio por título de herencia ó legado, ocurre muchas veces que, sin necesidad de que revistan carácter litigioso, no es dable á los interesados formalizar las operaciones necesarias para su completa terminación dentro de los plazos naturales, ni aun de las prórrogas que se pueden conceder, según los casos. Comprendiéndolo así, autoriza la legislacion vigente la práctica de liquidaciones provisionales, y de parciales en otros casos, que están reglamentadas, entre otras, por las disposiciones que vamos á exponer:

«Si dentro de los referidos plazos (naturales y sus prórrogas) no se formalizaren las testamentarias ó abintestatos en escritura pública, los interesados vienen obligados á *solicitar liquidación provisional* antes de que se cumplan dichos plazos, debiendo presentar al efecto en la oficina correspondiente los siguientes documentos:

»1.° Declaración descriptiva y valorada de los bienes y derechos de todas clases, que constituyan el caudal relicto.

»2.° Certificación de defunción del causante y primera copia de las disposiciones testamentarias, si las hubiere, y en su defecto, testimonio de la declaración de herederos.

»3.° Relación de los herederos y legatarios, en que se exprese y justifique el parentesco de aquéllos con el causante y la participación de cada uno en el caudal hereditario. En el caso de sucesión intestada, si no está hecha la declaración judicial de herederos, se presentará relación de los que hubieren solicitado la herencia, con determinación del grado de parentesco que alegaren.

»En vista de dichos documentos, y previa comprobación de valores, se practicará la liquidación provisional, satisfaciendo los derechos correspondientes con arreglo á ella, y como pago á cuenta de la definitiva, que se verificará dentro del año siguiente, á contar desde la provisional, pudiendo dicho plazo prorrogarse por otro año, pero con abono del 6 por 100 en concepto de intereses de demora, desde el día en que se practicó la provisional, por la diferencia de cantidades que resulte entre aquéllas y la definitiva.»

Aun cuando, como se ve por lo expuesto, la práctica de la liquidación ha de referirse á la totalidad de los bienes relictos, como puede acontecer que, aun tratándose de herencias cuantiosas, no exista en ellas metálico bastante para hacer frente á los gastos, siempre crecidos, que

llevan consigo las operaciones de testamentaría, además de la prórroga de plazo para el pago, que para este caso puede conceder el Ministro de Hacienda, según lo dispuesto en el reglamento, autoriza éste la práctica de liquidaciones parciales.

Regulando la forma en que se han de verificar, determina que «los interesados podrán solicitar liquidación *parcial* en cualquier tiempo, pero siempre dentro del año de la defunción, al sólo efecto de retirar el metálico, valores ó efectos depositados en Bancos y Sociedades ó casas particulares, y esta liquidación especial ni los relevará de solicitar en tiempo oportuno la prórroga ordinaria, si (aquélla) se hubiese verificado dentro de los primeros seis meses, ni les servirá para computar desde ella el plazo de la definitiva, debiendo en todo caso practicarse la provisional», de que hemos tratado anteriormente.

«Si al vencer el plazo señalado... para verificar la liquidación provisional, no fueren conocidos los herederos, los administradores ó poseedores por cualquier título de los bienes hereditarios, deberán presentar antes del vencimiento del plazo los documentos mencionados (anteriormente), excepto la relación de herederos, girándose entonces la liquidación provisional á cargo de la *representación* del causante y al tipo correspondiente á la sucesión entre *extraños;* sin perjuicio de la devolución que proceda de lo satisfecho de más, una vez hecha la declaración judicial de herederos y practicada la liquidación definitiva, si en ésta se justificara el parentesco de aquéllos.»

Con el fin de evitar defraudaciones en el Impuesto, y toda vez que se autoriza la práctica de liquidaciones provisionales y parciales, se dispone que «los particulares ó entidades jurídicas que á título hereditario soliciten devoluciones de metálico ó valores depositados en las Cajas de los Bancos y Sociedades civiles ó mercantiles ó de comerciantes, no tendrán derecho á exigir su entrega sin justificar previamente haber satisfecho el Impuesto de derechos reales correspondiente. Igual requisito deberán exigir las mencionadas Sociedades y comerciantes para autorizar la transferencia de acciones por el título indicado. Cuando por no estar terminada la testamentaría ó abintestato no pudiera presentarse el título de adjudicación, se practicará la liquidación parcial», en la forma ya expuesta antes.

Por la misma razón, «cuando se trate de realizar créditos á metálico liquidados contra el Tesoro público, cualquiera que sea el título porque pertenezcan al finado ó causante, entonces será también requisito indispensable para su obtención, que previamente se practique la liquidación oportuna». No obstante esta prevención, completada con la obligación impuesta al Liquidador de dar cuenta á la Ordenación de pagos correspondiente de la liquidación practicada, para que al expedirse el mandamiento procedente se deduzca de su total importe la cuota del Impuesto, especificándose que en equivalencia se entrega la carta de pago que corresponde, la práctica, para armonizar esta disposición con las dictadas para el régimen de las Ordenaciones de pagos, acepta el pago previo de los interesados, que de este modo realizan el libramiento sin deducció alguna y no se complican las operaciones de distintos Centros.

31. *Cuestiones litigiosas que suspenden el plazo legal establecido para la presentación de documentos en las Oficinas liquidadoras.*

Toda cuestión judicial que se suscite entre las partes que han celebrado un contrato sujeto al pago del Impuesto, y principalmente en las sucesiones hereditarias sobre validez ó nulidad de un testamento, sobre los bienes que han de comprenderse en la herencia, etc., y en general, todas aquellas que someten á la resolución de un Tribunal la determinación de la persona que está obligada al pago, ó de los bienes que han de sujetarse al mismo, constituyen un verdadero obstáculo legal para que los interesados en las mismas puedan presentar á liquidación los documentos necesarios para practicar la que corresponda. Por esta causa se ha establecido, á partir del decreto de 20 de Julio de 1869, una excepción á favor de los contribuyentes que se encuentren en este caso, concediendo la suspensión de los plazos establecidos para la presentación de los documentos cuando la transmisión de bienes ó derechos, bien por contrato entre vivos, ó ya por causa de muerte, adquiere carácter litigioso; precepto que se ha copiado en las disposiciones posteriores, y que se consigna en el art. 65 del reglamento vigente. En este caso, los plazos citados empezarán á contarse desde la fecha de la sentencia firme que recaiga; pero los interesados habrán de justificar oportunamente la existencia del litigio con testimonio bastante de referencia á los autos.

La letra del artículo es clara, y en su concisión están comprendidos todos los extremos necesarios; sin embargo, creemos que pueden surgir cuestiones de alguna dificultad en ciertos casos.

Con arreglo á la legislación vigente no ofrecerá duda la necesidad de justificar en todo litigio que se principió antes de concluir los plazos legales de presentación, porque si éstos se habían terminado, el deber de pago estaba producido, y la razón de la ley no había llegado á existir. En tales casos, no sólo se exigirá la presentación de los documentos por los medios coercitivos de que la Administración dispone, sino que se liquidará, con imposición de multa y de los intereses de demora.

Según acuerdo de la Dirección de 23 de Diciembre de 1875, no puede estimarse la suspensión cuando el litigio no afecte á la transmisión de los bienes, sino sólo á su división, siendo la razón que en este caso pueden los interesados practicar á cuenta liquidación provisional.

En los abintestatos y testamentarías, sean necesarias ó voluntarias, no puede decirse que haya verdadero litigio mientras no se promuevan cuestiones que dividan la acción de los interesados; y por consiguiente, aun cuando aquéllas se incoen dentro del término legal del pago, no podrán considerarse en suspenso los plazos señalados para presentarse á liquidar, mientras el pleito verdadero, esto es, la cuestión entre partes, no haya surgido antes de espirar dicho plazo. Esto es lo que consideramos equitativo, mucho más cuando el reglamento establece que dentro del medio año inmediato á la muerte del causante debe verificarse siempre la presentación de su herencia al pago, bien sea que la verifiquen provisional ó litiziramente, bien con división hecha ó hacedera, bien por los dueños verdaderos ó por los poseedores ó administradores de los bienes; de modo que no hay, bajo ningún concepto, excusa alguna para el pago, á ser que antes de cumplirse el plazo se promueva contienda, pleito y juicio formal sobre los bienes hereditarios.

Respecto del juicio arbitral, puede ofrecerse alguna dificultad, no en cuanto al momento en que empieza á producir la suspensión, puesto

que es evidente que la cuestión judicial debe siempre principiar antes de concluir el plazo de presentación, sino en cuanto á la duración del juicio. La ley de Enjuiciamiento civil, en sus artículos 793 y 828, autoriza á las partes para que estipulen el plazo dentro del cual hayan de dictar su laudo los árbitros y los arbitradores; por consiguiente, están éstos en su derecho estableciendo el tiempo que quieran para la marcha y decisión del asunto. Creemos que siendo este precepto de derecho civil, la Administración no puede restringirlo, sino que debe respetarlo hasta que, dictado el laudo, los plazos renazcan en la forma establecida. Si la forma ó fondo del laudo diera lugar á nuevas cuestiones, es indudable que el plazo continuará en suspenso hasta su definitiva resolución.

Por sentencia del Tribunal de lo Contencioso de 3 de Mayo de 1890, se ha declarado que la suspensión de los plazos tiene lugar aun cuando el litigio no verse sobre el derecho á la herencia ó sobre los bienes de ésta; tal sucederá, por ejemplo, cuando se litigue sobre si uno de los herederos ha de reputarse como hijo natural ó como legítimo.

No puede ser obstáculo para practicar la liquidación correspondiente, en el caso de que el litigio aparezca promovido después de transcurrido el plazo de presentación, la circunstancia que puede ocurrir de ser desconocido el heredero ó herederos, como sucede en los casos de ausencia, etc., pues entendemos que en este caso será aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 63 del reglamento, girándose la liquidación á cargo de la *representación* del causante y al tipo correspondiente á la herencia entre extraños, sin perjuicio á la devolución á que, una vez terminado el litigio, hubiere lugar.

Conforme el reglamento con los principios precitados, declara no se considerarán como cuestiones litigiosas, al efecto de la suspensión de plazos, las diligencias judiciales para obtener la apertura de testamentos; su elevación á escritura pública; la formación de inventario para admitir la herencia con dicho beneficio; el nombramiento de tutor y consejo de familia, y la declaración de herederos cuando no se formule oposición. Tampoco producirán la suspensión las reclamaciones para hacer efectivas deudas contra la testamentaría ó abintestato, mientras no se prevenga á instancia del acreedor el correspondiente juicio universal.

Si la Administración tuviere fundados motivos para suponer que el litigio promovido era un pretexto para demorar el pago del Impuesto, podrá imponer la multa correspondiente y exigir el 6 por 100 de demora, como si no hubiera existido aquél; apreciación que corresponde á la Oficina liquidadora y que debe entenderse sin perjuicio del derecho que los interesados tienen para reclamar contra las responsabilidades impuestas por consecuencia de la misma, conforme á las disposiciones que rigen en la materia.

32. *Reglas concernientes á la concesión de prórrogas para la presentación de documentos.*

Atendiendo á consideraciones de diversa índole que demuestran la dificultad, y la imposibilidad en muchos casos, en que se encuentran los interesados para presentar á liquidación los documentos y, hecho esto, para realizar el pago de la cuota, fija la ley el modo y forma en que se han de obtener los necesarios aplazamientos de los *términos* que con carácter de fatales establece.

Refiriéndonos exclusivamente á los plazos para la presentación de do-

cumentos, objeto de esta pregunta, comenzaremos por consignar que la concesión de prórroga de plazos, que no sea la de seis meses que, según la vigente legislación, compete al Delegado de Hacienda de la provincia, es de la exclusiva competencia del Ministro de Hacienda.

Para obtener la prórroga de seis meses que, *á instancia de los interesados*, puede concederse por la Delegación de Hacienda á cuya provincia corresponda la Oficina liquidadora competente, cuando no sean suficientes los seis primeros meses que la ley fija como plazo ordinario para la presentación de documentos relativos á herencias y legados, es menester:

1.° Que se solicite dentro del plazo ordinario; y

2.° Que se acompañe el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate.

Con estos requisitos y sin necesidad de que el interesado justifique ni alegue la causa que motive la presentación, se concederá la prórroga solicitada, previo el oportuno informe del Negociado de Derechos reales, que ha de intervenir en la Administración provincial en todo lo referente al Impuesto.

Cuando la defunción del causante tiene lugar en territorio extranjero, los plazos ordinarios de nueve meses, un año y año y medio, establecidos según los casos, son prorrogables por el Ministerio de Hacienda, no pudiendo exceder en ningún caso de un término igual al del plazo reglamentario. Para conceder la prórroga es absolutamente preciso que existan circunstancias muy atendibles debidamente justificadas.

Las prórrogas empiezan á contarse desde el día siguiente al en que termina el plazo reglamentario, sin que pueda influir en manera alguna la fecha en que se conceda y comunique la concesión.

Teniendo en cuenta que en muchas ocasiones es imputable á los interesados el retraso en la concesión de las prórrogas, por falta de alguno de los requisitos necesarios según los casos, y que otras veces son causas ajenas á ellos los que entorpecen el procedimiento, dispone la ley que «si transcurriese el doble plazo por que puede otorgarse la prórroga sin que la Oficina correspondiente reciba la resolución dictada en el expediente, procederá desde luego (ésta) á exigir la presentación de los documentos al interesado y á practicar la liquidación, haciéndola efectiva con la multa é intereses de demora correspondientes, sin perjuicio del derecho del interesado á solicitar la devolución de aquélla si justificare haberle sido otorgada la prórroga».

Modificando lo hasta ahora establecido en materia de prórrogas ordinarias, que se concedían antes sin sujeción al pago de intereses de demora, la ley de 30 de Agosto último lo dispuso así, y el vigente reglamento consigna que «la concesión de *toda prórroga*... que se solicite desde la publicación de este reglamento (1.° de Septiembre del 96) lleva necesariamente consigo la obligación de satisfacer el interés de 6 por 100 anual de la cantidad que por Impuesto devengue el acto ó contrato á que se refiera la gracia, desde el día siguiente á la fecha en que termine el plazo prorrogado, hasta el en que sea presentado el documento á la liquidación; cuyo interés no será condonable».

Como pudiera ser frecuente el abuso, es precepto general que la solicitud de prórroga, lo mismo que la de relevación de pago en las reclamaciones, no interrumpe los plazos reglamentarios y, en su virtud, previene el reglamento que la denegación de la prórroga lleva consigo la imposición de las responsabilidades por él establecidas para el caso de que hubieren transcurrido los términos fijados en el mismo.

33. *Cuándo procede hacer comprobación de valores: medios ordinarios y extraordinarios para practicarla: prescripción de la acción administrativa que la autoriza, y procedimiento que debe seguirse hasta su término y aprobación.*

De conformidad con lo dispuesto en el art. 7.º de la ley de 31 de Diciembre de 1881, que cita el art. 76 del reglamento vigente, la Administración, por medio de sus Agentes, puede comprobar en todos los casos el valor declarado á los bienes y derechos reales que son objeto del Impuesto, con los datos que posea y pueda adquirir, acudiendo en último término á la tasación pericial, en cuya operación se dará la debida intervención al contribuyente.

Los medios ordinarios de comprobación son el padrón ó amillaramiento de riqueza territorial; los precios medios de venta según los datos existentes en el Registro de la propiedad ó publicaciones de carácter oficial; el precio en que según la última enajenación fuesen vendidos los bienes de cuya transmisión se trate, y las cartillas evaluatorias de riqueza.

La tasación pericial se considerará como medio extraordinario de comprobación, debiendo acudirse á ella tan sólo cuando los ordinarios antes indicados no produzcan el resultado de conocer el verdadero valor de los bienes y derechos reales, ó cuando los interesados no acepten el valor que la Administración señale, ateniéndose á los medios citados.

En los actos ó contratos á título oneroso, tendrá lugar la comprobación únicamente cuando haya motivos fundados para suponer disminuídos los valores declarados; pero en las sucesiones por causa de muerte y demás transmisiones á título lucrativo, se verificará en todos los casos, ya se trate de liquidación provisional ó definitiva, con los amillaramientos de la riqueza territorial. Donde no hubiese amillaramientos ó no pueda por ellos venirse en conocimiento del verdadero valor de los bienes ó derechos transmitidos, se practicará la comprobación por cualquiera de los medios antes citados.

Respecto de los censos, que son bienes que no figuran individualmente en el amillaramiento, la comprobación del valor declarado, se hará capitalizando al 5 por 100 el canon ó pensión anual, y el capital que resulte será el valor oficial del derecho real de que se trate.

En las transmisiones por título lucrativo de la riqueza minera, servirá para la comprobación la capitalización al 5 por 100 del canon de superficie satisfecho en el año en que haya tenido lugar la adquisición.

Dicho se está que este principio, ó sea el de que el valor que se ha de tomar para la comprobación sea el oficial en la fecha de la adquisición legal, es el que se aplica á toda clase de comprobaciones como consecuencia del que estima adquiridos los bienes transmitidos el día en que se causó la sucesión.

La acción administrativa de comprobación prescribe al año, de la presentación de los documentos á liquidar, cuando éstos sean públicos y solemnes, y la liquidación que en vista de los mismos haya de practicarse sea definitiva; pues si fuese provisional, dicho plazo no empezará á contarse hasta que se presenten los documentos necesarios para la definitiva. El Liquidador habrá de dar necesariamente principio al expediente de comprobación de valores, tanto en el caso de liquidación provisional como definitiva; en el improrrogable término de tres meses; y si dejara transcurrir dicho plazo sin verificarlo, incurrirá en una multa de 25 á 50

pesetas, que será impuesta por el Delegado de Hacienda, dando de ello cuenta á la Dirección general del ramo, para que, si lo estima oportuno, disponga que conste aquella corrección en el expediente personal del interesado.

La comprobación puede suspenderse por el plazo de un año, como *máximum*, cuando se trate de transmisiones á título lucrativo. Esta suspensión se concederá por el Delegado de Hacienda de la provincia, en vista de instancia del interesado, el cual vendrá obligado en tal caso á abonar: primero, el 6 por 100 de interés anual de demora por la diferencia entre el impuesto que se exija sin la comprobación y el que después de hecha ésta se liquide; y segundo, el exceso de premio de liquidación por dicha diferencia.

El tiempo de prescripción de la acción administrativa no empezará á contarse en este caso sino desde que se presenten de nuevo los documentos, una vez transcurrido el plazo de suspensión.

La comprobación se llevará á efecto por la Oficina liquidadora en que se presenten los documentos, siendo ésta competente aunque se trate de bienes que radiquen en otras. Las Oficinas liquidadoras practicarán y aprobarán las comprobaciones de valores de los inmuebles y derechos reales cuando no exceda su cuantía en junto de 25.000 pesetas, siempre que el resultado obtenido por aquélla sea menor que el valor declarado por los contribuyentes, ó, siendo mayor, sea aceptado por los interesados; pero dando cuenta en todo caso, después de practicada la liquidación, á la Delegación de Hacienda respectiva, la cual podrá reclamar del Liquidador el expediente dentro del plazo de un año, y confirmar ó revocar el acuerdo de aquél en el término de dos meses.

Si procediera la revocación, y por consecuencia hubiere de alterarse la base que sirvió para practicar la liquidación, se pondrá de manifiesto el expediente á los interesados por término de quince días para que hagan las alegaciones y propongan las pruebas que estimen oportunas, resolviendo el Delegado en el plazo de un mes.

Las demás comprobaciones de valores, cuya cuantía exceda de 25.000 pesetas, se practicarán también por el Liquidador, pero serán aprobadas precisamente por la Administración de Hacienda de la provincia, á cuyo efecto se le remitirá el expediente con los documentos, no pudiendo demorar su acuerdo por más de un mes. La aprobación de las comprobaciones de valores se considerará como acto administrativo, reclamable ante los Delegados de Hacienda en el plazo de quince días, á contar desde la notificación del acuerdo.

El Liquidador habrá de practicar la comprobación en el plazo de un mes, siempre que por los interesados se le faciliten, á la vez que hagan la presentación de los documentos liquidables, los recibos de la contribución territorial correspondientes al primer trimestre del año económico donde figure el líquido imponible amillarado, ó certificaciones expedidas por los Ayuntamientos correspondientes, en las que con la necesaria claridad conste dicho dato. Cuando los interesados no faciliten tales antecedentes en la forma antes indicada ó hayan de ser reclamados de oficio, entonces el plazo para terminar la comprobación será de tres meses, prorrogables por otro mes, si mediaran causas atendibles, por la Delegación de Hacienda en la provincia.

Transcurridos los expresados plazos sin haber terminado la comprobación, incurrirá el Liquidador en la multa de 25 á 50 pesetas, que señala el art. 79 del reglamento, salvo cuando se justifique la morosidad del

funcionario á quien se reclamaron los datos, pues entonces á éste alcanza la responsabilidad indicada, si se acredita haberle sido reiteradamente pedidos. Si transcurriese el plazo de un año señalado en el artículo citado, no sólo serán exigibles las multas en el mismo señaladas, sino que además los funcionarios serán directamente responsables de las diferencias de cuota entre el valor declarado por los interesados y el que se fije por consecuencia de la comprobación.

Cuando haya de procederse á la comprobación, la Oficina liquidadora del partido en que se ha hecho la presentación de documentos fijará el valor de los bienes ó derechos reales, en vista de los datos que posea, de los que facilite el interesado, ó reclame de la Administración de la provincia ó de las oficinas y Autoridades correspondientes.

En el caso de que alguna de las fincas ó derechos reales radique en distinta provincia, acudirá la Oficina liquidadora á la Administración para que ésta reclame los antecedentes necesarios si no se facilitasen los bastantes por los interesados.

Si por no haber suministrado los datos reclamados alguna autoridad, oficina ó funcionario, no pudiera terminarse la comprobación dentro de los plazos de tres y cuatro meses, el Liquidador lo pondrá en conocimiento del Delegado de Hacienda, para que éste imponga ó proponga, según los casos, la multa que proceda, y practicará una liquidación provisional, sin perjuicio de la definitiva á que hubiere lugar, si dentro del año se obtuviesen los datos reclamados.

La comprobación del valor declarado con el que arrojen los amillaramientos, se hará capitalizando el líquido imponible que en éstos figura al 5 por 100, verificándose por cada finca individualmente.

En el caso de que figuren las fincas englobadas, podrá admitirse el resultado de la comprobación bajo la base de capitalizar el total líquido imponible, si aquél fuera igual ó mayor que el declarado por el contribuyente. También podrá admitirse el resultado de las cédulas de declaración en defecto del amillaramiento, siempre que el valor que figure en ellas sea igual ó mayor que el declarado en el documento liquidable.

Fuera de estos casos, los defectos de los amillaramientos que imposibiliten la comprobación producirán las mismas consecuencias que si los bienes no estuviesen amillarados.

Si el valor declarado por los contribuyentes á los bienes es mayor ó igual al que resulte de la comprobación con los amillaramientos, previa la aprobación de aquélla por quien corresponda, según los casos, se girará desde luego la liquidación por aquél, sin perjuicio de que dentro del año de prescripción de la acción comprobadora pueda ampliarse dicha liquidación.

Si el valor declarado resultase inferior al de los amillaramientos, el Liquidador participará al contribuyente el valor que se fija á cada uno de los bienes ó á todos ellos, en el caso de que la capitalización se haya hecho por el total imponible. Dentro de ocho días manifestará el contribuyente su conformidad con el mayor valor fijado, ó alegará lo que crea conveniente, acompañando en este último caso la justificación de que disponga.

En vista de lo alegado por el contribuyente, la Oficina liquidadora ó la Administración de Hacienda á quien corresponda en cada caso aprobará la comprobación, fijará el valor que haya de servir de base para la liquidación, notificándolo al interesado, y si éste lo aceptase ó no expusiese nada en contrario en el plazo de tercero día, se liquidará desde luego.

En el caso de no conformarse el contribuyente con el mayor valor fijado por el Liquidador ó por la Administración, de no optar desde luego por la tasación pericial, podrá entablar su reclamación en el término de quince días ante el Delegado de Hacienda de la provincia, quien deberá resolverla dentro de un período de tiempo igual.

Acordada la tasación, en el término de ocho días la Administración de Hacienda de la provincia, ó el Liquidador en su caso, lo pondrá en conocimiento del Juez de primera instancia del partido á que corresponda la Oficina liquidadora donde se hubiesen presentado los documentos, á fin de que designe el perito que en nombre y representación de la Hacienda ha de practicar la operación; en la orden acordando la tasación se expresará quién ha de satisfacer los honorarios que dicho perito devengase y las disposiciones porque han de regularse éstos. En el mismo plazo de ocho días se notificará á los interesados la orden de tasación, para que en término igual hagan saber al Juez competente el perito que por su parte designen; si dejasen transcurrir dicho plazo sin hacerlo, ó renunciasen á nombrarlo, se entenderá que desisten de la tasación y que aceptan el valor señalado por la Administración, en el caso de que dicha operación se practicara á instancia de los contribuyentes; pero si la tasación se hubiere acordado porque no pueda conocerse el verdadero valor de los bienes y derechos reales por los medios ordinarios, la renuncia á designar perito, ya sea tácita ó expresa, se considerará como aceptación del designado en nombre de la Hacienda, y éste sólo verificará la tasación, quedando los interesados obligados á pasar por el resultado de aquélla.

Si los peritos designados renunciaren, se designarán otros en la misma forma y plazos señalados; si el designado por el contribuyente renunciase por segunda vez, practicará solo la tasación el nombrado por el Juez.

Se entenderá que renuncian los peritos, si en el término de quince días, desde que tengan noticia de su nombramiento, no dan principio á la operación. A este efecto, cuando los peritos se presenten en el lugar donde radiquen las fincas que han de ser tasadas, lo pondrán en conocimiento del Alcalde de la localidad, quien en el mismo día lo participará á la Administración de la provincia ó al Liquidador, en su caso, según quien sea el que practique la comprobación.

Los peritos podrán verificar las operaciones juntos ó separadamente, y de su resultado expedirán certificaciones, comprensivas, no sólo del valor de los bienes tasados, sino de las circunstancias que hayan tenido en cuenta para el avalúo.

Las certificaciones se expedirán por separado y las remitirán a la Administración ó al Liquidador respectivo.

Para el cumplimiento de su cometido se facilitará á los peritos relación de las fincas, ó se les pondrá de manifiesto los documentos, para que tomen las notas y antecedentes necesarios.

Si los dos peritos no estuviesen conformes en la tasación, se invitará por la Administración al contribuyente para que acepte el mayor valor de los señalados por aquéllos, y si no lo aceptara, se pondrá en conocimiento del Juez para que nombre un tercer perito, que resolverá en definitiva la discordia.

Para la tasación se designarán siempre peritos con título profesional correspondiente á la clase de bienes que han de justipreciarse, y que satisfagan la contribución industrial correspondiente. No habiéndolos con esta circunstancia en la localidad donde resida el Juzgado de primera instancia que haya de designarlos, podrán nombrarse peritos prácticos, ha-

ciendo constar el motivo de su nombramiento, y prefiriendo siempre á los que cuenten mayor tiempo de ejercicio.

Terminada la tasación, y en vista del resultado y de los datos que crea oportuno consultar, la Administración acordará su aprobación ó que se amplíe, según los casos.

Antes de proceder los peritos á la tasación, puede suspenderse ésta á instancia del contribuyente, y siempre que acepte el valor fijado en la comprobación por la Hacienda.

También podrá suspenderse, previo el abono de todos los derechos de tasación devengados, aun cuando ésta se esté ya verificando.

Una vez terminado el expediente y aprobado por quien corresponda conforme á los preceptos expresados, en cuyo acuerdo de aprobación se consignará necesariamente el valor que ha de servir de base á la liquidación, sólo resta girar ésta con arreglo á las disposiciones especiales del reglamento, teniendo presente que los documentos y expedientes de comprobación se archivarán numerados, consignando en el libro-registro de liquidaciones la oportuna nota.

34. *Plazos en que debe practicarse la liquidación de documentos sujetos al Impuesto, conforme á la naturaleza del acto á que se refiere.—Liquidación referente á terceras personas designadas en el documento.*

También los liquidadores tienen forzosamente que cumplir su cometido dentro de plazos fijos y determinados expresamente en el reglamento.

Presentado un documento en la Oficina liquidadora, y cumplidos los requisitos de registro, procede el Liquidador á su examen, y ha de practicar la liquidación dentro del plazo de *ocho días*, contados desde el siguiente inclusive al de la presentación, siempre que la transmisión no sea de las que llevan consigo necesaria comprobación de valores ó que se trate de un documento claro y manifiestamente no sujeto al Impuesto, ó que goce de exención por existir texto expreso que aplicar ó instrumento de fuerza legal en que apoyarla, como si la persona en cuyo favor está expedido no es la obligada al pago, ó, por último, que la liquidación haya de aplazarse hasta el cumplimiento de alguna condición suspensiva ó que se trate de un heredero nudo propietario desconocido.

Si se practicara comprobación de valores, conforme está prevenido que se haga en todas las transmisiones á título lucrativo, y en las á título oneroso cuando pueda suponerse que hay voluntaria ocultación, el plazo antes indicado de ocho días hábiles empezará á contarse desde la fecha en que fuese definitivamente aprobada la comprobación ó desde que los interesados manifestasen su conformidad con los valores fijados por la Administración.

Cuando por tratarse de un contrato innominado, ó por no aparecer claro si goza de exención el documento, se ofrecieren dudas al Liquidador, podrá éste consultar inmediatamente á la Administración, exponiendo los fundamentos que para ello tenga, y remitiendo á dicha Oficina el documento original ó copia certificada en papel común. En los demás casos, ha de abstenerse de consultar y resolverá lo que proceda según su criterio.

Cuando se presente un documento cualquiera sujeto al Impuesto, el Liquidador reclamará á los interesados todos los documentos que considere necesarios para la práctica legal de la liquidación, haciendo constar

necesariamente de un modo oficial en las donaciones, herencias y legados el grado de parentesco entre el contribuyente y su donante ó causahabiente, aun cuando se aleguen dichos títulos en informaciones de posesión ó dominio; practicará luego la liquidación y exigirá el pago íntegro correspondiente á todos los bienes y derechos que comprenda al documento.

Practicada que sea la liquidación, se notificará su resultado á los interesados, para que dentro del término establecido procedan al pago de su importe, haciéndoles saber la multa en que incurren en caso contrario, y los recursos que procedan contra la misma. Esta notificación no es necesario que se haga al mismo contribuyente, siendo bastante que lo sea al presentador del documento, pues así está declarado por Real orden de 30 de Noviembre de 1887.

Si el documento no devenga impuesto, se pondrá por el Liquidador, bajo su exclusiva responsabilidad, una nota en el documento presentado que exprese las razones de tal determinación y las necesarias prevenciones en su caso. Si procede la exacción del Impuesto, extenderá las liquidaciones á nombre de cada contribuyente, y por tantos cuantos sean los distintos conceptos parciales de la tarifa que los produzcan, numerándose por orden correlativo con independencia del que corresponda al documento en el registro de presentación, y expresando el número de orden, concepto general, el especial correspondiente al número de la tarifa aplicable y la fecha en que se practique, poniendo la nota correspondiente de pago en los documentos una vez comprobado éste con la presentación de las oportunas cartas de pago que acrediten el ingreso.

Para la práctica de todo lo expresado, ha de tener presente el Liquidador, que por el documento que se presente á liquidación «sólo se liquidarán los derechos que haya de satisfacer la persona á cuyo nombre é instancia estuviese librado».

Si el documento presentado, y con esto entramos en la segunda parte del tema, comprendiese actos ó contratos liquidables á nombre de *terceras personas*, hay que distinguir, según que éstas soliciten ó no la correspondiente liquidación.

En el primer caso se procederá á hacerlo así por el Liquidador y con arreglo á la doctrina expuesta.

Cuando no lo soliciten, el Liquidador tomará del documento las notas necesarias para exigir á los terceros interesados que se presenten á liquidar antes de que transcurra el plazo legal; pero si éste hubiese transcurrido, y los antecedentes tomados fuesen suficientes para practicar la liquidación, se girará ésta desde luego, notificándola al contribuyente. Cuando los datos no fuesen bastantes, acudirá el Liquidador para obtenerlos á los medios que el reglamento le otorga, bien por el procedimiento voluntario ó por la vía de apremio.

35. *Libros oficiales que deben llevar las Oficinas liquidadoras. Forma de extender en el libro diario de liquidaciones las correspondientes á cada persona y acto que contribuye.*

El párrafo primero del art. 125 del reglamento de 1.º de Septiembre de 1896 consigna entre las obligaciones de los Liquidadores, la de llevar los libros que se les prevengan en los términos y forma señalados; sin embargo de lo cual nada dice el reglamento acerca de cuáles han de ser

los libros que se lleven, ni cómo han de hacerse en ellos los asientos necesarios.

Dejando aparte las disposiciones que antiguamente regían acerca del Registro de los actos y contratos sujetos á impuesto y de las dictadas modernamente en la Real orden de 28 de Julio de 1830 y en el Real decreto de 23 de Mayo de 1845, siendo en este último en el que se impone la obligación de llevar los libros de registro, y se consignan detalladamente los datos que ha de contener y las formalidades que han de reunir, es lo cierto que la legislación vigente en la materia se encuentra contenida en la circular de la Dirección general de Contribuciones de 1.° de Julio de 1885, que si bien fué modificada por la de 26 de Marzo de 1886 en la parte relativa á los deberes de los Liquidadores de las capitales de provincia, por consecuencia de haberse encargado de la liquidación del Impuesto de derechos reales en éstas á los Abogados del Estado, que ya tenían á su cargo el Negociado de Derechos reales, está vigente en su plenitud, en cuanto á los deberes de los Registradores Liquidadores de los partidos.

Con arreglo á la mencionada circular, en todas las Oficinas de liquidación del Impuesto se llevará por años económicos un libro-registro general de entrada ó de presentación de documentos, conforme al modelo núm. 1 de aquélla, en el cual se contienen cuatro casillas en la forma siguiente: una para consignar el número de entrada del documento; otra para la fecha de su presentación; otra para el extracto de aquél, y otra para la tramitación que el mismo vaya siguiendo. En el expresado registro se anotará en el mismo día de su recibo, y bajo un solo número, ya se presenten á la mano por el interesado, ya se reciban por conducto oficial, todos los documentos que formen expediente, ó que, sin formarlo, se refieran al mismo asunto; con aquel número figurarán durante todo el año económico, siempre que sea preciso citarlos con motivo de la tramitación de cada asunto, ó á la formación de estados, relaciones, etc. Cuando los expedientes ó los asuntos en general no queden terminados en el año económico en que hayan tenido origen, se hará inmediatamente su asiento en el libro-registro del año siguiente, con la oportuna referencia al antiguo, y dándoles en el nuevo el número de orden que les corresponda.

Registrados que sean los documentos, se unirán inmediatamente á sus antecedentes, si los tienen, ó se abrirá el correspondiente expediente, siguiéndose la tramitación que corresponda según la naturaleza del documento, bien sea incoando el expediente de comprobación de valores en los que estén sujetos á esta formalidad, y girándose la liquidación que corresponda en los demás.

La anotación en el libro-registro de entrada se hará de una manera sucinta, pero con los pormenores necesarios para determinar claramente el asunto á que cada uno se refiere. En la casilla de tramitación se irán consignando los trámites que el asunto tenga, expresando la fecha de cada uno. El Liquidador dará recibo de los documentos que se le entreguen, conforme al modelo núm. 2 de aquella circular.

Cada día, al terminar las horas de oficina, se cerrarán los asientos de presentación por medio de la diligencia en que se exprese en letra el número de asuntos verificados, que será autorizada por el Liquidador.

Nada decimos de lo relativo á expedientes de comprobación de valores, por no haberse publicado modelo oficial alguno para su tramitación

y ser objeto los detalles de esto de distinta pregunta del presente Programa.

Las liquidaciones que se giren, se formularán en una hoja, con arreglo al modelo núm. 3 de la expresada circular, en la que se consignará el número que correlativamente les corresponda, el concepto y tipo aplicable de la tarifa, el nombre del contribuyente, las cantidades liquidadas por cuotas, multas, é intereses de demora en su caso, la clase de bienes que se adquieren ó derecho que se constituye, reconoce, etc., y el título de adquisición, con el nombre del transferente ó causante y la fecha de aquélla, expresando al pie los honorarios de liquidación que devengue el funcionario que la gire.

Estas liquidaciones se consignarán inmediatamente en el libro-registro núm. 4 de la misma circular; en el mismo se anotarán los documentos que correspondan á actos exentos ó no sujetos al Impuesto.

El expresado libro registro de liquidaciones es de forma apaisada y contiene veintiséis casillas, consignándose en la primera el número que corresponde á la liquidación que es objeto de cada asunto; en la segunda la fecha de la escritura, auto, providencia, etc., que se haya presentado, según dice el modelo, que según nosotros, creemos debe ser más bien la del documento, testimonio, certificación, etc., en que conste el acto traslativo de dominio ó el del derecho sujeto ó no al Impuesto. En la tercera y cuarta casilla se consignarán los nombres, apellidos y residencia de los Notarios ó funcionarios que autoricen los documentos, y en estos últimos su designación oficial.

En las casillas quinta y sexta deben expresarse los nombres, apellidos, profesión y residencia de las personas á cuyo nombre se practica la liquidación, y en las dos casillas siguientes la de los transferentes ó causantes; las tres casillas inmediatas sirven para consignar la fecha de la adquisición legal, y la clase y situación de los bienes transmitidos, y de los derechos constituídos, reconocidos, etc.; en las tres casillas siguientes se expresará con separación el capital que figure en el acto ó contrato, el importe de las cargas deducibles y el valor líquido que resulte, destinándose la inmediata siguiente al concepto y número de la tarifa que corresponda á la liquidación, y la que viene después al tipo que se señala en aquélla; las tres casillas inmediatas se destinan á consignar las cantidades que debe satisfacer el contribuyente con separación de cuota, multas é intereses de demora, y en las demás se expresará sucesivamente la fecha de presentación del documento, la en que se ha practicado la liquidación, ó en que declara exento ó no sujeto, citando la disposición en que se funda esta declaración, y la fecha y número de la carta de pago acreditativa del ingreso, quedando la casilla de observaciones para anotar las anulaciones de liquidación que se produzcan por las resoluciones administrativas y las rectificaciones de errores materiales que se observen en los asientos; debiendo tener presente que no deben hacerse en los libros enmiendas ni raspaduras, sino que los errores se salvarán por medio de nota en que con claridad se evidencie el que se haya cometido, y la forma en que debe entenderse rectificado. Es aplicable al libro-registro de liquidaciones lo que hemos dicho acerca de la diligencia de cierre que debe consignarse diariamente.

Aunque nada se expresa en la mencionada circular respecto de si continúan ó no vigentes las disposiciones especiales anteriores que imponían la obligación de llevar otra clase de libros, creemos muy conveniente que se cumpla por los Liquidadores lo prevenido en circular de 24

de Septiembre de 1878, llevando un libro-registro en que por orden de fechas se anoten las testamentarías y abintestato que se presenten á liquidar, consignando el importe de los valores declarados y el resultado de la comprobación practicada en cada caso.

Los dos libros de presentación de documentos y de registro de liquidaciones, han de ser requisitados anualmente en la Delegación de Hacienda de la provincia, debiendo estar autorizada la diligencia de apertura por el Delegado ó Administrador de Hacienda y el Abogado del Estado, que rubricarán y sellarán todos los folios, haciéndose esto mismo por el Liquidador cuando la Administración provincial devuelva los ejemplares que se le hayan remitido encuadernados y foliados.

De lo expuesto se desprende cuál es la forma de extender los asientos en el libro diario de liquidaciones, debiendo entenderse que es conveniente consignar, aunque en el modelo no hay casilla apropósito, el número de presentación del documento; que la numeración de las liquidaciones ha de ser correlativa, sin dejar huecos entre los asientos; que para cada liquidación se destina, por regla general, una línea ó renglón, sin perjuicio de utilizar las que se necesiten, y que todos los datos que exigen los encabezamientos de las casillas del libro registro se han de consignar en forma que fácilmente pueda formarse concepto claro de todos los detalles referentes á la liquidación, para cuando sea necesario consultar antecedentes ó expedir certificaciones de los mismos.

Las hojas de liquidación, una vez pagado su importe, habrán de conservarse enlegajadas y clasificadas por los días en que tuvieran lugar los pagos, como forma más apropósito para poderlos consultar con facilidad.

36. *Plazos dentro de los cuales deben satisfacerse las cuotas liquidadas, y preceptos establecidos en cuanto á la concesión de prórrogas.*

«Practicada que sea la liquidación, se notificará su resultado á los interesados, para que dentro del término establecido procedan al pago de su importe, haciéndoles saber la multa en que incurren en caso contrario, y los recursos que procedan contra la misma.» En la Oficina liquidadora de Madrid y en algunas otras capitales de provincia que por su importancia y población dan gran contingente de documentos liquidables, no es posible hacer individualmente la notificación que previene el artículo transcrito, y ateniéndose los Liquidadores á lo dispuesto en el párrafo 3.º del art. 57, ó sea que en los recibos que acreditan la presentación del documento se consignen «la fecha en que venza el plazo dentro del cual han de abonar el Impuesto los interesados, fuera del caso en que se verifique comprobación de valores», y á la Real orden de 30 de Noviembre de 1887, que declara eficaz y con efectos legales la notificación hecha al presentador de un documento, prescinden dichos Liquidadores de aquel requisito siempre que se trata de documentos cuyo despacho es corriente y que no da lugar á reclamación de antecedentes ni á comprobación de valores, haciendo notificación verbal del resultado de la liquidación á los presentadores.

«El pago del Impuesto se hará precisamente en metálico en las Cajas del Tesoro, donde las haya, ó á los Liquidadores del mismo en los partidos, mientras otra cosa no se determine.» Encargado el Banco de España, en las capitales de provincia y algunas poblaciones de importancia, del servicio de Caja del Estado, y dispuesta por Real orden de 29 de Diciem-

bre de 1886 la admisión de los billetes del Banco de España en los ingresos por derechos reales cual si fueren efectivo metálico, no es preciso que el pago sea precisamente en metálico, y ha de efectuarse en las indicadas poblaciones en las Cajas del Banco de España, previo el mandamiento de ingreso expedido por la respectiva Intervención de Hacienda, que á su vez intervendrá la carta de pago formalizada por la Tesorería que justifica el ingreso realizado.

«El pago del Impuesto se verificará dentro del plazo de *dieciséis días*, contados desde el siguiente inclusive al en que se presentó el documento á la liquidación, cuando no haya comprabación de valores; y si la hubiere, se pagará en el plazo de ocho días, contados desde la fecha en que se notifique la liquidación.....» Estos plazos son los mismos para todos los casos y sólo tienen una excepción: tiene ésta lugar «en los préstamos cuya forma de realizarse, como acontece en los créditos con garantía de efectos públicos, no permita fijar desde luego su cuantía; que tendrá lugar la..... exacción del Impuesto..... al liquidarse anualmente el crédito, ó antes si antes terminase la operación.....»

Por lo demás, dispone terminantemente el reglamento que «por ningún motivo podrán los interesados diferir el pago del Impuesto liquidado, ni aun á pretexto de reclamación contra la liquidación practicada, y en su consecuencia, la Administración procederá á hacer efectivo el importe por la vía de apremio, una vez transcurrido el plazo señalado..... para verificar el pago». Este precepto no es obstáculo para el ejercicio del derecho á la devolución de lo indebidamente liquidado, si hubiere lugar, ni «para que puedan admitirse y tramitarse las reclamaciones en primera instancia, aun cuando no esté satisfecho el Impuesto».

Reserva la legislación vigente al Ministro de Hacienda la facultad de «prorrogar hasta *un año*, como máximum, el plazo señalado para verificar el pago del Impuesto, siempre que no existan inventariados metálico ó valores de fácil realizacion suficientes para verificar el pago», tratándose de transmisiones por título hereditario; y para conceder el aplazamiento, por dos años como máximum, del pago de las liquidaciones giradas á los nudo propietarios, sin perjuicio de lo establecido respecto del aplazamiento de la liquidación hasta que pueda hacerse la determinación de la persona adquirente, cuando el nudo propietario no sea conocido de manera cierta

Es condición precisa para conceder dicha prórroga, «que se solicite antes de espirar el plazo señalado para el pago». «El que la obtenga viene obligado á satisfacer el 6 por 100 anual de demora, que no será condonable» siendo exigible también cuando el aplazamiento fuera denegado.

Hecho el pago del Impuesto en el plazo marcado, y recibida la carta de pago que lo acredita, el Liquidador extiende en el documento liquidado la oportuna nota, que sirve de carta de pago al interesado, á fin de que la original, expedida por la Tesorería, ó por el Liquidador recaudador en su caso, pueda quedar archivada en el Registro de la propiedad, para cumplir lo prevenido en el art. 248 de la ley Hipotecaria.

Si por la naturaleza del documento ha de presentarse éste á inscripción en distintos Registros, los interesados presentarán en cada uno la carta de pago original y una copia, que cotejada por el Registrador y puesta nota de referencia en la original, quedará en poder de aquél, hasta llegar al Registro en que haya de hacerse la última inscripción del documento, que será el encargado de archivar la repetida carta de pago original.

37. *Reglas concernientes á la investigación de documentos sujetos al Impuesto, y á la recepción y tramitación de denuncias.*

El art. 8.° de la ley de 25 de Septiembre de 1892 consigna el principio fundamental de la investigación de los documentos sujetos al Impuesto, concediendo á la Administración la facultad de obligar por medio de apremio á la presentación de documentos ó declaraciones de valores, cuando haya terminado el plazo legal para efectuarlo. Conforme á lo dispuesto en el mismo artículo, por las Oficinas liquidadoras se incoarán y tramitarán en todo caso las diligencias oportunas contra cualquiera persona, Sociedad ó Corporación que resulte deudora á la Hacienda por falta de presentación de los documentos dentro de los plazos establecidos, utilizando al efecto los medios que se señalan en el reglamento, pero cuidando de dar cuenta á la Delegación de la provincia de las diligencias que instruyeren, las cuales procurarán simplificar y perfeccionar en cuanto sea dable en beneficio de los intereses del Tesoro. A esta clase de expedientes es aplicable lo dispuesto acerca de que, para hacer las notificaciones y demás requerimientos que exija la gestión del Impuesto, tendrán derecho los Liquidadores á utilizar la cooperación de los Alcaldes y agentes ejecutivos ó de los funcionarios á quienes competa instruir los expedientes de apremio por débitos de contribuciones; debiendo remitir mensualmente á estos últimos certificación de los individuos que se hallaren en descubierto, ya por el concepto de cuotas ó de intereses y multas liquidadas, á fin de que inmediatamente, y con arreglo á las disposiciones que regulan el procedimiento por débitos á la Hacienda, se incoen las diligencias de ejecución contra los interesados.

Se ve, por consiguiente, que existen dos clases de investigación, que se refieren á dos momentos diferentes en la tramitación que siguen los documentos para la exacción del Impuesto. Una, relativa á conseguir la presentación á liquidar de los que han omitido el cumplimiento de este deber dentro de los plazos legales establecidos, y otra, relativa á la persecución de los deudores por el Impuesto para conseguir realicen el ingreso de las cantidades liquidadas, con más el de las responsabilidades en que hayan incurrido, conforme á las disposiciones del mismo reglamento, consistentes en multa y abono de intereses de demora del 6 por 100, más el pago de las costas que se causen, con el apremio que hubiese necesidad de expedir.

Respecto de la primera clase ó concepto de investigación, cuando la Administración tenga conocimiento de que un documento otorgado, ya sea relativo á herencias ó contratos, ya sean informaciones posesorias ó actos judiciales ó administrativos sujetos al pago del Impuesto, no se han presentado á la liquidación en la respectiva Oficina dentro de los plazos que para los mismos señalan los artículos 58 y 59 del reglamento, podrá reclamarlo previamente al interesado, señalándole el término de ocho días, con apercibimiento, en el caso de no presentarlo, de exigir á su costa una copia expedida por el Notario ó funcionario que autorice el documento.

Con esta copia á la vista se practicará la liquidación, que debe ser notificada á los interesados; y si en el término de ocho días no verificasen el pago del impuesto, multas, intereses y demás gastos, se procederá por la vía de apremio.

En los documentos otorgados ante Notario será indispensable para esto que aquél conste en el protocolo del mismo, y en las informaciones

posesorias que hayan sido aprobadas; pero en los actos judiciales y administrativos bastará que consten de una manera auténtica y definitiva ó resolutoria, con arreglo á las disposiciones especiales de cada ramo, para que sea exigible el cumplimiento del deber de su presentación ó la copia auténtica, testimonio, ó certificación en su caso.

Pero no siempre es esto aplicable á los documentos relativos á herencias y legados, pues no deja de ser frecuente que los interesados dejen transcurrir los plazos reglamentarios sin cumplir el requisito de solemnizar la transmisión, ó ésta se verifica sin necesidad de documento notarial, y entonces, si no se hubiesen formalizado las operaciones divisorias, la Administración podrá compeler á los herederos testamentarios, administradores ó poseedores por cualquier título de los bienes relictos, á que presenten los documentos necesarios para verificar la liquidación provisional, conforme al art. 61 del reglamento, por medio de Agentes ejecutivos, con las dietas de 3 á 10 pesetas. Este servicio se encomendará por conducto de la Administración de Hacienda de la provincia á los Agentes ejecutivos ó Recaudadores de Contribuciones, y las dietas que se señalen estarán en relación con la importancia del caudal hereditario, pudiendo hacerse efectivas directamente por el mismo Agente ó Comisionado.

Debe tenerse presente para la debida realización de este servicio, que debiendo remitirse mensualmente por los Escribanos actuarios ó Secretarios judiciales, por las Autoridades administrativas que aprueben subasta de bienes muebles, por los Notarios y por los Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio que intervengan en operaciones de préstamo con garantía de efectos públicos, los estados, notas é índices á que se refieren los artículos 141, 142, 143, 144, 147 y 148 del reglamento, comprensivos de los juicios de abintestato y testamentarías que se hayan aprobado, de los fallos ejecutoriados por los cuales se transmitan bienes ó se hagan adjudicaciones de los mismos en subasta ó fuera de ella, de los actos y contratos que los Notarios autoricen y de las operaciones de préstamo que se lleven á cabo, los Liquidadores deben examinar cuidadosamente todos estos documentos, comparándolos con los antecedentes que posean, para en su vista proceder á lo que haya lugar, en cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, sin olvidar que conforme á la regla 2.ª del art. 125 del reglamento, tienen el deber de auxiliar eficazmente á la investigación iniciando expedientes, procurando datos y evacuando los informes que se les pidan.

De lo expuesto se desprende que, para que tengan aplicación los preceptos citados, es indispensable que se conozca la persona responsable del pago del Impuesto, puesto que contra ella se ha de dirigir el procedimiento, ó que pueda venirse en conocimiento de quién sea, cuando sea conocido en todos sus detalles el acto sujeto á liquidación. A este efecto, establece el art. 113 del reglamento, que cuando no sea conocida la persona responsable del Impuesto, no se haya otorgado documento alguno ó éste fuese privado, la Administración practicará las oportunas diligencias investigadoras, debiendo dirigir su acción contra los poseedores de los bienes transmitidos. En vista del resultado de aquéllas, procederá con arreglo á lo prevenido en las disposiciones precedentes.

Este precepto es consecuencia del principio contenido en el art. 51 del mismo reglamento, conforme al cual los bienes ó derechos sobre cuya transmisión se devenga el Impuesto, llevan afecta siempre, y sea el que fuere su poseedor, la obligación de pagar las cuotas devengadas con motivo de las distintas transmisiones de que hayan sido objeto, pudiendo

dirigirse contra aquéllos la acción ejecutiva para hacer efectivo el Impuesto.

Respecto de la investigación relativa á conseguir el pago de las cuotas liquidadas por el Impuesto, ya hemos expresado antes el deber que tienen los Liquidadores de remitir mensualmente, por conducto de la Tesorería de Hacienda respectiva, á los agentes ejecutivos de su partido certificación de los contribuyentes que no hayan satisfecho el importe dentro del plazo legal, á fin de que procedan por la vía de apremio á hacer efectivos los descubiertos. Dichas certificaciones expresarán el número de la liquidación, nombre y vecindad del contribuyente, y cantidad á que asciende el débito por cuotas y multas, totalizado al final, y de las cuales se remitirá copia á la Administración.

Además de los medios indicados que la Administración exige á fin de tener conocimiento de las ocultaciones que puedan cometerse en la materia, el art. 144 del reglamento dispone que el particular que, pasado el plazo de la presentación de los documentos sin que ésta se haya efectuado, denuncie el hecho á la Administración provincial ó al Liquidador respectivo, percibirá el importe de la multa correspondiente al fraude denunciado, con arreglo á las disposiciones de este reglamento.

Para que las denuncias sean admisibles, es preciso que se formulen en el timbre correspondiente, y que la persona que las autorice exprese sus circunstancias con relación á la cédula personal. Deberán manifestar asimismo el mayor número de datos y antecedentes para determinar del modo más exacto posible los hechos denunciados.

Si el denunciador se limitara á dar noticia del fallecimiento, no tendrá derecho á la retribución ó premio de que trata el artículo anteriormente citado.

Presentada la denuncia en dichos términos, la Administración del amo, ó el Liquidador en su caso, dará de ella el oportuno recibo, y si se presentare en la Oficina liquidadora, deberá elevarse á la Administración con informe del Liquidador acerca de si es ó no procedente; si se presentase en la Administración de la provincia, ésta pedirá inmediatamente informe acerca de su contenido al Liquidador á quien corresponda.

Este funcionario manifestará, en vista de los antecedentes que existan en su Oficina ó de los demás que pueda procurarse, si es ó no procedente la denuncia.

La Administración, oyendo al Abogado del Estado, y previas las demás diligencias oportunas, resolverá lo que mejor estime, dando conocimiento de su acuerdo al denunciador, ó á éste y al denunciado, según proceda, para los efectos consiguientes.

Deberá desestimarse toda denuncia que se refiera á actos ó contratos conocidos previamente por la Administración.

Una vez resuelto el expediente en primera instancia, ó antes si el denunciado presentara los documentos necesarios, se procederá á practicar la liquidación de las cuotas ó responsabilidades en que hubiese incurrido, aun cuando acerca del derecho del denunciador surgiese algún incidente ó se interpusiera recurso de alzada.

En la tramitación de esta clase de expedientes se observarán, en cuanto sean compatibles con las reglas especiales citadas, las disposiciones generales sobre procedimientos de las reclamaciones económico-administrativas.

38. *Obligaciones, derechos y responsabilidad de los Liquidadores del Impuesto de los puntos que no son capitales de provincia.*

La gestión del Impuesto está encomendada en la Administración provincial al Delegado y la Administración de Hacienda y á las Oficinas liquidadoras. Prescindiendo de lo referente á los Liquidadores de las capitales de provincia, que son los Abogados del Estado, á cuyo cargo está privativamente lo concerniente al Impuesto de derechos reales, y que han de sujetarse en sus funciones á lo dispuesto en el reglamento orgánico de su Cuerpo, al reglamento del Impuesto y al orgánico de la Administración provincial, expondremos brevemente lo que atañe á los Liquidadores de partido.

Tienen éstos, que según la legislación vigente son los respectivos Registradores de la propiedad, la facultad privativa de hacer el examen y calificación jurídica de los documentos y de los conceptos por que deban contribuir ó eximirse del pago los actos ó contratos que comprendan. Además de esta principal atribución, y entre otras muchas determinadas en el reglamento, las atribuciones, deberes y responsabilidades de los Liquidadores de los partidos, son principalmente los siguientes:

1.° *Atribuciones y derechos.*—Practicar la liquidación, por la que percibirán los honorarios de examen, busca de antecedentes, expedición de certificaciones, y, principalmente, el *premio* de liquidación, que importa un 1,50 por 100 de la cuota liquidada para el Tesoro é independiente de ésta. Cuando se practiquen dos liquidaciones, una provisional ó parcial y otra definitiva, el premio de liquidación se exigirá por la primera, y al girarse la segunda sólo se exigirá por el exceso correspondiente, si le hubiere; estos honorarios los percibirán directamente del interesado cuando recoja la liquidación para hacer el pago del Impuesto.

Estas disposiciones son igualmente aplicables á los sustitutos que, por vacante, suspensión del propietario ú otra causa, desempeñan las funciones de liquidación.

2.° *Deberes.*—Cumplir las disposiciones que las Delegaciones de Hacienda les comuniquen; llevar los libros; formar los estados que se les prevenga; auxiliar la investigación con toda eficacia, instruyendo los oportunos expedientes; dar cuenta á las Delegaciones de Hacienda de las transgresiones del reglamento cometidas por las Autoridades, funcionarios ó contribuyentes, etc.

Remitir dentro del mismo mes, á la Administración de Hacienda, las cuentas que deben rendir, referentes á la liquidación; ingresar en la Tesorería, del 25 al 30 de cada mes, los fondos recaudados, bajo la pena de satisfacer el 6 por 100 correspondiente de demora.

Expresar en letra, así en la nota como en la carta de pago, cuando deban expedirla, la fecha de entrada del documento en la oficina, el número de orden, el concepto de pago y la cuota para el Tesoro; estampar en todo informe, documento, nota, recibo, etc , que deban redactar ó expedir, el sello de la Oficina liquidadora; remitir por conducto de la Tesorería á los Agentes ejecutivos, en fin de cada mes, la relación de deudores, enviando copia de ella á la Administración de la provincia, y reclamar de quien corresponda los datos, antecedentes y documentos que precisen para las comprobaciones de valores y liquidación.

3.° *Responsabilidad.*—Pueden incurrir los Liquidadores Registradores en responsabilidad de tres clases: disciplinaria, correccional gubernativa, y ordinaria.

Se incurre en responsabilidad disciplinaria por negligencia, falta de celo, subordinación ú otras análogas; está sancionada con la reprensión por escrito, apercibimiento de mayor rigor y multa de 25 á 100 pesetas. Será competente para imponerla el Delegado de Hacienda de la provincia, pudiendo alzarse de su acuerdo los interesados al Ministerio del ramo.

Se incurre en responsabilidad correccional gubernativa por reincidencia en las faltas antes expresadas ó comisión de otras más graves, aun cuando éstas puedan revestir caracteres de delito y estar sujetas á la acción criminal, é independientemente de la pena que los Tribunales puedan imponer. Consiste en suspensión del cargo de uno á tres meses, y separación definitiva del mismo, y se impondrá por el Ministerio, á propuesta del Delegado de Hacienda, sin ulterior recurso más que en el caso de separación definitiva.

La responsabilidad ordinaria tiene lugar por actos ú omisiones que revistan caracteres de delito ó falta. Su declaración é imposición corresponde á los Tribunales ordinarios, con arreglo á las leyes comunes.

La reprensión puede imponerse sin previa formación de expediente, siempre que conste de un modo indudable la falta que la motive. Las demás responsabilidades ó penas sólo se podrán imponer en virtud de expediente, en el cual será oído el interesado por término de diez días después de formularle el correspondiente pliego de cargos. El presunto responsable podrá presentar todas las pruebas que estime conducentes á su justificación.

Para terminar, haremos presente que en todas las Oficinas liquidadoras, lo mismo que en el Negociado de Derechos reales de las Administraciones de Hacienda, estará expuesta al público la tarifa, y se facilitará al contribuyente que lo solicite, para su consulta, el reglamento del Impuesto.

39. *Tramitación de los expedientes relativos á la devolución de cuotas satisfechas por el Impuesto.*

Aunque la pregunta enunciada parece limitarse á la tramitación de los expedientes de devolución de las cantidades satisfechas por el Impuesto, como las reglas relativas á esta clase de expedientes son diferentes según el origen del derecho de la devolución, consideramos necesario ocuparnos, siquiera someramente, de los casos en que las devoluciones se conceden como base necesaria para la tramitación de los expedientes relativos á las mismas.

Procede la devolución de los derechos cobrados, cuando se han exigido indebidamente ó con exceso; cuando se haya declarado por los Tribunales la rescisión ó nulidad de los actos ó contratos porque se contribuyó; cuando se han vendido dentro del año los bienes inmuebles adjudicados para pago de deudas; en los casos de retracto legal; en los contratos de suministro, cuando resulte excesiva la liquidación girada á cuenta con relación al verdadero importe de aquél, y cuando liquidada la sucesión á nombre de la representación del causante al tipo del 9 por 100 que señala el art. 63 del reglamento, se acredite definitivamente le corresponde un tipo menor por razón del parentesco entre el declarado heredero y la persona que causó la sucesión.

Conforme á lo dispuesto en el art. 137 del reglamento, los contribuyentes que se creyesen con derecho á que se les devuelva alguna canti-

dad, bien por estimar mal girada una liquidación, bien porque se haya cumplido alguno de los requisitos de este reglamento que dan lugar á devolución, bien por error de hecho ó duplicidad de pagos, se dirigirán al Delegado de Hacienda dentro del plazo de *cinco* años, á contar desde la fecha en que se cumpliera la condición reglamentaria que origine la devolución, ó que acredite el ingreso duplicado, ó, por último, que se hubiere dictado la providencia judicial ó administrativa de la cual nazca el derecho á la devolución, acompañando los documentos que se mencionan en el mismo artículo; pero antes de exponer el detalle de los mismos es preciso tener en cuenta que, conforme á la disposición precitada, existe alguna diferencia entre los requisitos que se exigen para la devolución de lo ingresado indebidamente cuando esta devolución puede fundarse en error material ó de hecho, que la Administración puede desde luego reconocer; en el cumplimiento de alguna de las disposiciones reglamentarias, ó por consecuencia de haberse girado indebidamente una liquidación que ha sido reclamada.

En los dos primeros casos, el expediente de devolución se plantea desde luego ante el Delegado de Hacienda, y es admisible siempre que no haya transcurrido el plazo de cinco años citado; pero en el último caso, la reclamación administrativa contra la liquidación que habrá de interponerse en el plazo de quince días y su resolución de una manera definitiva, es necesariamente previa á la solicitud de la devolución, y el plazo de cinco años para la prescripción del derecho á la devolución se contará desde la fecha de la resolución recaída en el expediente en que se acceda en todo ó en parte á lo pretendido por el reclamante.

Así, por ejemplo, si la reclamación se funda en que una compraventa se ha liquidado al 4 por 100, ó en que el capital que ha servido de base á la liquidación es mayor por error aritmético que el precio convenido en el contrato, si se solicita la devolución de lo satisfecho en concepto de adjudicación para pago de deudas, por haber vendido los bienes inmuebles adjudicados dentro del año, ó haberse rescindido, ó ser declarado nulo por sentencia de los Tribunales el acto ó contrato que motivó el ingreso, etc.; en todos estos casos, el plazo para solicitar la devolución será el de cinco años, contados respectivamente desde que se notificó la liquidación en que hubo el error, desde la fecha en que se vendieron los bienes muebles para pago de deudas, ó desde la en que se hizo firme la sentencia de los Tribunales ó la resolución administrativa que declaró nulo ó rescindido el contrato. Pero si la solicitud de devolución se funda, por ejemplo, en haber calificado de usufructo lo que es un arrendamiento, ó en haber considerado como transmisión en plena propiedad la que lo es tan sólo de la propiedad nuda, etc., el plazo empezará á contarse desde que, declarado el derecho del interesado, se manda rectificación ó anulación de la liquidación girada y pagada.

La diferencia en los efectos que se produzcan en uno y otro caso, es importantísima para los interesados y para la exacta aplicación de los preceptos reglamentarios; pues es un principio reconocido hace mucho tiempo en el Impuesto y consignado en el art. 139 del reglamento, la necesidad, en este último caso, de providencia administrativa, hasta tal punto, de que no procede la devolución de lo pagado por error de concepto ó de derecho en la liquidación cuando ésta ha sido consentida ó no reclamada en el plazo reglamentario.

Son muy numerosas las resoluciones dictadas en casos particulares declarando cuándo debe entenderse que existe error de hecho, y cuándo

de derecho, á los efectos de la devolución; pero no siendo posible ocuparnos de ellas por la brevedad del tiempo, nos limitaremos á exponer las disposiciones del reglamento.

Conforme al mencionado art. 139, de la necesidad de providencia administrativa que resuelva la reclamación de la liquidación se exceptúan los casos siguientes:

1.° En los de adjudicación para pago de deudas, contándose los cinco años desde la fecha de la escritura de venta ó cesión de los bienes inmuebles ó derechos reales adjudicados con dicho objeto.

2.° En las devoluciones por cumplimiento de condiciones resolutorias, ó en virtud de sentencias declaratorias de la rescisión de contratos, en cuyo caso el plazo correrá desde que se cumpla la condición ó sea firme la sentencia.

Y 3.° En las de lo pagado de más por un error puramente material ó de hecho, como equivocación aritmética al verificar la liquidación, señalamiento de tipo que no es aplicable al concepto liquidado ó doble pago de la misma cantidad en una ó distintas Oficinas liquidadoras: en estos casos, el plazo de cinco años se contará desde la fecha en que se hizo el pago indebido.

Una vez obtenida la tantas veces repetida resolución administrativa ó nacido el derecho á la devolución, con arreglo á las excepciones citadas, el expediente de devolución habrá de contener los documentos siguientes:

1.° Solicitud del interesado ó interesados á cuyo nombre se giraron las liquidaciones satisfechas.

2.° Los documentos que hayan motivado la liquidación, bien originales, bien testimoniados ó en copia cotejada por el Abogado del Estado, de los extremos ó particulares de aquellos que, á juicio de la Administración, sean indispensables á formar concepto de la cuestión.

3.° La certificación de ingreso expedida de oficio por la Intervención.

Cuando se trate de ingresos verificados en las Oficinas liquidadoras de partido, la certificación de aquéllos la librará el Liquidador respectivo con referencia al libro registro de liquidaciones, expresando el número, la fecha y concepto en que se verificó y la copia de dicho libro remitida á la Administración en que se figuró su recaudación, extremos que cuidará especialmente de comprobar el Abogado del Estado con dicho documento.

En este caso, la Intervención de Hacienda certificará también haberse verificado, y en qué fecha, por el Liquidador el ingreso total del mes en que aparezca recaudado el importe de la liquidación.

La devolución se acordará en primera instancia por los Delegados, con apelación á la Dirección general del Ramo, ó al Ministerio de Hacienda, según la cuantía del asunto, con arreglo á las disposiciones del procedimiento económico-administrativo.

Si el fallo de primera instancia fuese concediendo la devolución solicitada, se notificará necesariamente al Interventor, con entrega del expediente, para que exponga en el mismo si consiente ó se opone á que se lleve á efecto. Si se opusiere, formulando en tiempo hábil el oportuno recurso, se tramitará el expediente en los términos prescritos por el Reglamento de procedimiento económico-administrativo.

La Dirección de Contribuciones directas puede en todo tiempo reclamar los expedientes de devolución para revisarlos, y si el fallo fuera im-

procedente, pero se hubiera hecho firme y no cupiera contra el mismo recurso alguno, acordará por sí ó propondrá al Ministerio las responsabilidades en que hayan incurrido los funcionarios.

Siendo firme el acuerdo concediendo la devolución, se llevará á efecto, previos los trámites indispensables, y justificando el mandamiento de pago con certificación del fallo dictado, del ingreso de cuya devolución se trata, y documentos relativos á la personalidad del reclamante; pero el expediente que la motive se conservará original en el Negociado de Derechos reales para que pueda verificarse la revisión de que se deja hecho mérito.

Es importante para la debida tramitación de esta clase de expedientes, conocer lo dispuesto en la circular de 29 de Marzo de 1890, en que se dictan reglas detalladas acerca de la manera de justificar la personalidad de los reclamantes, plazos para interponer las reclamaciones y requisito para el cumplimiento del fallo concediendo la devolución; de las cuales, las más esenciales se han comprendido en las disposiciones citadas anteriormente.

40. *Prescripciones penales establecidas por el reglamento del Impuesto contra los contribuyentes morosos, obligaciones impuestas á ciertas Autoridades y funcionarios, y penalidad para el caso de su inobservancia.*

El cumplimiento de las obligaciones impuestas por el vigente reglamento á contribuyentes y demás personas que el mismo expresa, tienen su correspondiente sanción penal, único medio de hacerlo efectivo.

Los *contribuyentes* que incurriesen en multa por falta de presentación de documentos, ó de pago del Impuesto dentro de los plazos señalados, satisfarán el 10 por 100 de la cuota liquidadora para el Tesoro, y aun cuando sean relevados de dicha pena, pagarán precisamente en todos los casos el interés de demora á razón de 6 por 100 anual, que comenzará á devengarse desde el día siguiente inclusive á la fecha en que hayan incurrido en la multa. El procedimiento para su exacción es puramente administrativo, y se sigue por la vía de apremio, sin que quepa reclamación mientras no se realice el pago; se considerarán impuestas de derecho por el mero transcurso de los plazos legales, y se exigirán desde luego por los Liquidadores, sin perjuicio de la reclamación ante el Delegado de Hacienda. En caso de fallecimiento del contribuyente, incurso en multa, no será ésta exigible á los herederos, y sólo responderán del pago de la cuota y de los intereses de demora. La tercera parte de las multas impuestas corresponden á los Liquidadores, no siendo Abogados del Estado, pues las correspondientes á éstos ingresan en el Tesoro, y en el caso de que haya denunciante, corresponde á éste otra tercera parte. No reconoce el reglamento la concesión de perdones generales de multas, no siendo en virtud de una ley; el perdón individual corresponde exclusivamente al Ministro de Hacienda, que podrá concederlo en circunstancias muy extraordinarias y debidamente justificadas. No se impondrán otras multas que las señaladas en el reglamento, cualquiera que sea el concepto penado la fecha en que se hubiera incurrido en falta; no se dará curso á instancia alguna en solicitud de perdón, sin que conste satisfecho el impuesto y los intereses de demora, si hubiese lugar á ellos, y la aprobación de la multa por el Delegado. En caso de perdón individual, no alcanzará

la gracia á la parte correspondiente al Liquidador y al denunciante, en sus respectivos casos.

El importe de la multa se fija en el 10 por 100 de la cuota liquidada para el Tesoro, excepto en algunos casos de reincidencia expresamente determinados, que puede llegar hasta el 25 por 100.

Los Jueces de primera instancia é instrucción, Alcaldes, Registradores de la propiedad, Jueces municipales y encargados del Registro civil, Notarios públicos, Secretarios judiciales y Escribanos de actuaciones, están obligados á facilitar á la Administración los datos y noticias que ésta les reclame, en el tiempo y forma que determina este reglamento, y bajo las penas que en el mismo se prescriben.

Para cumplimiento de lo expuesto, están obligados á rendir mensualmente á los Liquidadores de su respectiva jurisdicción, estados expresivos de los juicios de abintestato y testamentaría aprobados; de los fallos ejecutoriados, en virtud de los cuales se transmitan cantidades en metálico que no constituyan precio de bienes muebles ó inmuebles, ó de servicios personales; de las adjudicaciones de efectos públicos y comerciales, etc.; de las subastas de bienes muebles; relaciones de fallecidos, de los instrumentos otorgados, etc. Los Registradores de la propiedad no admitirán documento alguno á inscripción ó registro, sin que conste en aquél la oportuna nota del Liquidador. Los Notarios advertirán en el documento la obligación de presentarlo á liquidar, expresando las responsabilidades en que incurrirán no haciéndolo; y están obligados á facilitar los datos que la Administración les reclame y á expedir en papel de oficio las copias de los documentos que se les pidan para la exacción del Impuesto. Estas obligaciones impuestas á los Notarios son extensivas á los Escribanos actuarios ó Secretarios judiciales.

No se admitirán por los Juzgados, Tribunales ordinarios y especiales, ni por las oficinas ni Corporaciones del Municipio, de la Provincia ó del Estado, documentos en que no conste la nota de la Oficina liquidadora, si por ellos se transmiten bienes; si no tuvieren este requisito, los devolverán á los interesados para su cumplimiento, incurriendo si no lo hicieren así en una multa del 10 por 100 de los derechos defraudados, que en caso de reincidencia se elevará al 25 por 100.

Los Registradores que admitan á inscripción documentos en que no conste la expresada nota, responderán del pago de la cuota con su fianza y demás bienes, sin perjuicio de la multa de 5 á 25 pesetas, y el doble en caso de reincidencia, si no cumpliesen lo prevenido.

En la misma multa de 5 á 25 pesetas incurrirán los Escribanos y Secretarios de Juzgados y Tribunales, y demás Autoridades y funcionarios que admitan un documento sin la expresada nota.

Por no dar cuenta en el mismo día al Liquidador respectivo de las alteraciones causadas en los amillaramientos, incurrirán solidariamente el Alcalde y Secretario del Ayuntamiento en la multa de 10 á 50 pesetas.

Los Notarios que no hagan las advertencias antes expresadas, que omitan el índice mensual de documentos otorgados, que alteren de cualquier modo en los documentos el verdadero valor sujeto al derecho, ó que autoricen documentos sin que se les haga constar por los interesados que el título ó instrumento, base del que van á otorgar, pagó el impuesto ó se halle exento de él, incurren en la multa de 1 á 5 pesetas, de 50, de 125 á 250, según los casos y sin perjuicio de la responsabilidad criminal que pudiera caber.

Finalmente, los Liquidadores responden de la multa de 10 por 100 por

falta de pago del Impuesto, así como del 6 por 100 de los intereses de demora que se imponen á los contribuyentes, si por apatía, falta de celo ó por consideraciones indebidas hacia los deudores del Impuesto, no ingresan dentro del plazo marcado las cantidades que deban satisfacer; y son también responsables del 6 por 100 de demora los Liquidadores de los partidos que no entreguen en los plazos reglamentarios los fondos que recauden, correspondientes al territorio de su jurisdicción.

FRANCISCO DEL RÍO Y BALSERA,
Abogado del Estado.

JOAQUÍN SOUTO,
Abogado del Estado.

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS *

Historia del Derecho privado de la República Ateniense, por *L. Beauchet*, Catedrático de la Facultad de Derecho de Nancy y antiguo miembro (fuera del cuadro) de la Escuela francesa de Atenas.— Cuatro grandes volúmenes en 8.º.—Chevalier-Marescq y Compañía, editores. París.

Tarea delicada es la de presentar al público la obra magistral del señor Beauchet, que acaba de publicarse: no porque vacilemos entre el elogio y la crítica, ni porque haya que hacer alguna reserva. Tememos, por el contrario, quedar muy por debajo de nuestra misión, sin llegar á demostrar el alto valor científico de los cuatro tomos dedicados á la *Historia del Derecho privado de la República Ateniense*. Esperamos, sin embargo, que ni el autór ni el público serán exigentes, y que el mérito propio de la obra hará olvidar la escasez de nuestras apreciaciones.

Empieza la obra con un magistral prefacio, en el que Sr. Beauchet revisa los trabajos que en Francia y en Alemania se han consagrado al antiguo derecho griego; en él cuenta también por qué este derecho es tan poco conocido; la gran dificultad de reunir fuentes y la rareza de documentos han impedido mayores progresos. Desde este punto de vista, como desde tantos otros, no es posible comparar el derecho griego con el romano. En el primero, apenas tenemos á nuestra disposición algunos textos generales, siendo necesario buscar en los literatos vagas y dispersas nociones, interpretarlas después y coordinarlas para encontrar un principio. Trabajo largo, delicado, y no siempre de resultados positivos. Por el contrario, en el derecho romano poseemos textos numerosos y completos que inician en todos los detalles de la legislación y la práctica.

Esta diferencia en el estado de ambas ciencias impide componer un Tra

---

* De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

tado de derecho griego como se escriben los de derecho romano. Por esto dice el autor, que «una obra de este género no puede tener el rigor, método y proporción que se puede exigir en un trabajo de derecho romano. La razón estriba en el estado de las fuentes que, siendo á veces abundantes en ciertos puntos, como sucede, por ejemplo, en las sucesiones, en otros apenas ofrecen datos, como en las servidumbres». Al proponerse escribir un Tratado del Derecho privado de Atenas, el Sr. Beauchet no podía hacer otra cosa que reunir, mediante un vínculo lógico, las noticias esparcidas en los escritos de los literatos y filósofos, constituyendo, por esta condición, una teoría completa. Esta difícil empresa se ha cumplido de tal modo por el Sr. Beauchet, que al examinar los varios capítulos de su libro, su notable encadenamiento, el rigor de las deducciones y la precisión de los detalles, se pregunta el lector si es cierto que no existen fuentes generales del derecho que de tal manera expone, y si en el viaje que acaba de hacer el autor á Grecia habrá descubierto algún arsenal de documentos, de increíble riqueza, que explota en su libro.

En cuanto á la extensión de la obra, su autor advierte que no se propone estudiar todo el derecho griego, sino sólo el de Atenas y el de las varias repúblicas helenas que, pudiendo enlazarse con el de aquélla, difieren todavía en puntos esenciales: el derecho ático, en una palabra, es el objeto de la obra. Pero no queriendo el autor limitarse á la mera exposición, le compara con mucha frecuencia con el de Roma y la India, procurando, siempre que es posible, reconstituir el parentesco entre las varias legislaciones antiguas. Este es el lado filosófico de la obra.

La *Historia del Derecho privado de la República Ateniense* se compone de cuatro grandes tomos. Los dos primeros comprenden el derecho de familia. El primero, después de una rápida exposición de la organización de la familia de Atenas, familia en que entraban los parientes y los clientes, trata extensamente del matrimonio y sus efectos en cuanto á las personas y los bienes; después, de las formas del matrimonio, condiciones para su validez, efectos personales y pecuniarios; la dote, con notables detalles sobre su constitución por la mujer misma, el padre y los hermanos: su restitución, etc. La última parte de este tomo trata de la disolución del matrimonio, la institución del *epiclerato*, tomada de las leyes de Manú, y la condición de los hijos naturales.

El segundo tomo comienza con el estudio de la adopción, sus formas y efectos; después, la autoridad familiar, que se manifiesta en las tres potestades: marital, paternal y tutelar. La tutela merece un amplio desarrollo, y el autor da, respecto de ella, detalles interesantes y curiosos, sobre todo de la tutela de las mujeres. Por último, el Sr. Beauchet une al estudio de la familia el de la esclavitud, tan practicada en Atenas como en Roma, como lo demuestran buena porción de nociones análogas.

La materia de los bienes, que consta de dos partes, el derecho de propiedad y el de las obligaciones, comienza en el tomo tercero. El derecho de propiedad y sus desmembraciones ocupan todo un volumen, que trata, primeramente, de las nociones generales y modo de adquirirla; luego de las desmembraciones de este derecho; de las servidumbres, donde los documentos son tan raros; la hipoteca, cuyos lejanos orígenes se descubran con una exactitud y precisión notables; por último, de las acciones que garantizan el derecho de propiedad. El último título del volumen tercero se ocupa de la transmisión del patrimonio, de las sucesiones y de la *antidoris*.

Llegamos, por último, al tomo cuarto, dedicado á las obligaciones; en ellas es donde principalmente se manifiesta el grado de cultura jurídica de un pueblo, y su estado intelectual. Siguiendo el plan acostumbrado de los comentaristas del derecho romano, y aun de los modernos del Código civil, el Sr. Beauchet sienta de antemano los principios fundamentales que rigen todos los contratos; después los contratos en sí mismos, condiciones necesarias para su validez y sus formas. En seguida los estudia uno á uno, por el orden con que los trata el código Napoleón: la venta, el inquilinato, el préstamo (y los contratos marítimos, especialmente el préstamo á la gruesa), depósito, sociedad, mandato y obligaciones nacidas de delito. Los efectos de las obligaciones, su transmisión y extinción, son objeto de los últimos capítulos.

Aquí se detiene esta fría enumeración de capítulos, á cuyo análisis debemos renunciar, aun perdiendo con tal renuncia el placer de seguir al autor en sus desarrollos y deducciones, y mostrar el arte con que ha reunido los documentos y el provecho que ha sacado de ellos. Esta satisfacción no puede dársela el que escribe una nota bibliográfica, debiéndose limitar á indicar á los lectores las condiciones capitales de la obra y la naturaleza de los objetos que contiene.

Pero hay otras dos cosas que no le están prohibidas: el elogio cuando es merecido y la crítica si es justa. En cuanto á la crítica, no es necesaria en semejantes obras; muy sabio ó temerario sería el que intentara la del libro del jurisconsulto, filólogo, filósofo, del sabio, en una palabra, que se llama L. Beauchet. El que no sea ni sabio ni temerario, sólo puede decir esto: afirmar, con la más honda convicción, que se trata de una obra de gran valor, que en pocos meses se sobrepondrá á los Tratados que se han hecho del mismo asunto desde hace dos siglos.

LA REDACCIÓN.

Ensayo de una introducción al estudio del Derecho mercantil (*Preliminares é historia*), por *Lorenzo Benito*, Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Valencia.—Un volumen de 391 páginas; 10 pesetas.

Este libro, según ya lo indica su portada, comprende dos partes: unos preliminares, en los cuales el autor expone muy compendiosamente la doctrina relativa al *concepto* del Derecho mercantil, sus *caracteres* y *condiciones*, la *importancia de su estudio*, sus *relaciones con las demás ramas del Derecho*, sus *fuentes* y su *sustantividad*; una historia del *Derecho mercantil*, á comenzar por las *edades prehistóricas*, siguiendo por la *edad antigua* (pueblos de Asia y Africa, Grecia, Roma y España); por la *media* (el Imperio romano y los pueblos invasores, las ciudades italianas, las ciudades de Francia, las ciudades del Norte y Centro de Europa, España durante esta edad; instituciones mercantiles de la Edad Media); por la *moderna* (el Derecho mercantil en las varias naciones de Europa y América durante esta edad), y llegando hasta la *edad contemporánea* (desde la Revolución francesa para acá). En el libro que consagra el Sr. Benito á esta última edad, nos ofrece un cuadro del estado presente del Derecho mercantil, así legislado como doctrinal ó científico, en los diferentes países del viejo y del nuevo mundo.

La obra de que se trata es un resumen muy completo, sobre todo en la parte histórica—á la que el autor ha dado bastante mayor desarrollo que á los preliminares,—de los resultados adquiridos en la disciplina del Derecho mercantil por los esfuerzos de sus más autorizados é ilustres representantes actuales. El Sr. Benito condensa estos resultados, á la vez que con la competencia que tiene bien acreditada en semejantes materias, con mucho orden y con gran sobriedad y concisión. Por eso su libro es, sin duda, de los que mejores condiciones reunen para el objeto á que parece dedicarlo principalmente su autor, ó sea para la enseñanza universitaria, sobre todo según se suele entender y practicar hoy ésta.

P. Dorado,
Profesor en la Universidad de Salamanca.

Privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas otorgadas por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España desde el siglo XIII hasta fin del XVII, compilados por *D. José María Quadrado;* cuaderno 1.º de 160 págs. en folio. Palma de Mallorca, Escuela tipográfica provincial, 1895.

El grave riesgo que corrió el Archivo general histórico de Mallorca en la azarosa noche del 28 de Febrero de 1894, ha sido causa de la notable publicación que motiva estas líneas, por acuerdo y á expensas de la Diputación

pro vincial de las Baleares, bajo la entendida dirección del Archivero D. José María Quadrado.

Empresa de reconocida importancia es la que lleva á cabo la Diputación p rovincial citada, que quisiéramos no se redujese á mero trabajo histórico, si no á publicación de resultados más directos para aquellas islas, hoy que el art. 13 del Código civil ordena se aplique el mismo á las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, *en cuanto no se oponga á aquellas disposiciones forales ó consuetudinarias que actualmente están vigentes.*

Si el derecho mallorquín ha de resistir el avance avasallador del Código, p recisa que esté codificado, reunido en pequeño volumen, como el Apéndice formulado por la Academia de Derecho de Barcelona, de que acabamos de ocuparnos, y si el trabajo que se lleva á cabo es preparatorio del informe de la Diputación de las Baleares y del Colegio de Abogados de la capital de las mismas, para formar el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de dicho territorio que convenga conservar, á tenor de lo dispuesto en el art. 7.° de la ley de Bases del Código civil de 11 de Mayo de 1888, la oportunidad de la publicación es indiscutible; pues sostuvo Marichalar en el Senado en el año 1861 la conveniencia, para hacer un buen Código civil en España, de que se principiase por recopilar todos los fueros, á fin de facilitar su estudio y aplicación; estudio y preparación que son convenientísimos, y cuya recopilación de fueros prevenía la Real orden de 12 de Junio de 1857, reproducida virtualmente por decreto de 27 de Noviembre de 1868, en cuyo decreto se reconoce la necesidad de armonizar la legislación con las costumbres, á fin de que las compilaciones alcancen el prestigio y autoridad indispensables para ser obedecidas.

Prosiga, pues, la Diputación de las Baleares la noble tarea emprendida, y ayudada del Colegio de Abogados y demás corporaciones científicas de aquella capital, trabaje en el mismo sentido en que lo ha hecho la Academia de Derecho de Barcelona, no esperando á que el Gobierno solicite el informe indicado en el art. 7.° de la citada ley de Bases, sino formulando el proyecto de Apéndice para su territorio, y presentándolo á los altos Poderes del Estado solicitando su aprobación, para lo cual es auxiliar poderoso la publicación de que nos ocupamos.

Contiene el primer cuaderno una extensa noticia sobre los códices del Archivo, unas observaciones sobre el códice *Privilegis dels Reys de Mallorca* y los sumarios por registros de varios códices del citado Archivo, en latín unos y mallorquín, ó sea catalán, otros, con extensas noticias, por notas, debidas á la erudita pluma del compilador. No hay que dudar que á la terminación del trabajo quedarán expuestos á la consideración de los lectores, interesantísimos datos «sobre diversos aspectos sociales y diversos ramos que componen la historia general de los pueblos», según palabras del Sr. Quadrado en su advertencia preliminar. Unificados en España el derecho admi-

nistrativo, político, procesal, penal y de procedimientos, aparte de su inestimable valor histórico, como resultado positivo de inmediatas y ventajosas consecuencias para aquel país, sería el de la conservación de sus instituciones civiles especiales, lo que desearíamos, y por ello felicitaríamos á la Corporación provincial aludida y al Sr. Quadrado, sin escasearles nuestros plácemes en otros sentidos, sea cualquiera el resultado directo que se obtenga de tan notable publicación.

VICTORINO SANTAMARÍA.

¿Por qué no hay pleitos?—Reformas necesarias en la Administración de Justicia, por *D. Lorenzo Barrio y Morayta*.—Madrid, 1896.

El Sr. Barrio, preocupado por el retraimiento que observa en los litigantes, se propone estudiar las causas que los mueven á apartarse de los Tribunales de Justicia. Si fuera por haberse extinguido las diferencias humanas, nada tendría que decir y hacer sino buscar con todos los que á sus tareas se dedican «nuevos rumbos de vida»; pero antes bien encuentra que subsiste todo lo que puede originar un pleito. Con este propósito, y con el consiguiente de remediar en lo posible el mal que desde luego salta á la vista en esta situación extraña, escribió la serie de artículos que ahora presenta coleccionados. Con toda franqueza expone el autor los males más señalados de la Administración de Justicia, tal como funciona en la actualidad. La imposibilidad en que se encuentran los Jueces para conocer como debieran la masa enorme de papeles que pone á su firma el Escribano; las delegaciones sucesivas desde el uno al otro, del Escribano al Oficial, del Oficial al escribiente en muchas cosas; la asimilación á la carrera judicial de que gozan algunos funcionarios; las fáciles y frecuentes insolvencias; la interminable tramitación á que se sujetan la mayor parte de los negocios, etc., etc. Con el fin de acabar con ellos, indica el Sr. Barrio el aumento del personal; la exacción de la responsabilidad judicial, más segura y enérgica que ahora; la supresión de muchos trámites inútiles; la sujeción de toda clase de honorarios á un arancel, etc., etc.

El folleto del Sr. Barrio contiene observaciones muy exactas, y á veces van ilustradas con casos *vivos*, que contribuyen á poner de relieve los males de que se queja; por otra parte, sus ideas de reforma son muy atendibles y excelentes sus propósitos.

***

Reforma de la ortografía castellana, por *D. J. Jimeno Agius.* 4.ª edición.—Madrid, 1896.

El ilustre escritor Sr. Jimeno Agius, empeñado desde ha tiempo en la empresa, no pequeña ciertamente, de reformar la ortografía castellana, acaba de publicar este folleto, verdadero tesoro de conocimientos gramáticos. Nuestra REVISTA no entiende de ellos muy directamente; pero puesto que literatura es, la interesa, como todo lo que al lenguaje toca. Desde nuestro punto de vista nos parece que su teoría, muy lógica, científica y meditada, peca... de *incompetencia de jurisdicción.* La Lengua, oral ó escrita, es realmente el asunto en que todos deben *dejar hacer y pasar.* Con sus leyes naturales que la llevan, salta por cima de las leyes y gobiernos, de los *Estados* que se la quieren imponer. Ciertamente el principio *fonético* es una de las de la escritura; pero pretender desenredarla ahora, por obra de un individuo ó de un escaso grupo, de los varios elementos etimológicos, consuetudinarios, etc., sedimentados en su cauce por el curso de los tiempos, sospecho que es imposible. Esto se producirá por sí solo y sabe Dios cuándo, porque de continuo se enturbian las aguas aclaradas. La obra del Sr. Jimeno tiene el valor de las selecciones artificiales que aceleran la marcha de la selección natural; en este sentido debe tomarse y estimarse por los mismos que no se decidan á alistarse en la *O. R*, la cual, por su parte, nos hará el obsequio de no señalar nuestras *faltas de ortografía.* Nadie hablará de ellas, y de esta suerte, terminando el símil de arriba, «á río revuelto... ganancia de pescadores».

***

Manual del Procurador.—Contestaciones á las preguntas del Programa para los exámenes de Aspirantes á Procuradores en la Audiencia de Albacete, por *D. Juan García Más*, Abogado.—Albacete, 1896.

Es este libro una recopilación completa de cuantas disposiciones orgánicas, funcionales y procesales conciernen al cargo de Procurador, esparcidas en los varios códigos y leyes que componen nuestra legislación. Distribuídas en 163 lecciones están todas las preguntas que á un Aspirante se pueden dirigir para investirle de tal cargo; preguntas que, dada la integridad del libro, no son distintas en la Audiencia de Albacete que en otra cualquiera de las de España. De esta suerte la obra es una pequeña guía profesional, de cuya utilidad baste decir que en breve tiempo se llevan tiradas dos ediciones.

CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS,
Abogado.

INDICE

I.—Estudios generales y Filosofía del Derecho.

Páginas.

Campogrande (D. V.).—Los derechos sobre la persona propia. 18

Giner de los Ríos (D. F.).—El estado de la persona social.... 113

Derecho consuetudinario de España:

PIERNAS Y HURTADO (D. J.).—Asturias.—Vida colectiva .. 180

COSTA (D. J.).—Mampostería 192

— Un impuesto provincial..... 193

ALTAMIRA (D. R.).—Alicante.—Mercado de agua en la Huerta..... 290

PEDREGAL (D. M.).—Asturias.—Veladas.—Noviazgos..... 473

Isasa (D. Santos de).—Examen de los principios esenciales del procedimiento que afectan á la Administración de Justicia en lo criminal 225

Lessona (D. C.).—La institución de los hombres buenos..... 362

II.—Derecho civil.

Senarega (D. S.).—Sobre la redención de censos enfitéuticos .. 82

—— La servidumbre de luz, ¿es positiva ó negativa?..... 278

Ureña (D. R.).—Bienes reservables. Consulta..... 95

Santamaría (D. V.) —Cuestiones de servidumbres aparentes no inscritas, con respecto de tercero, en caso de venta del predio sirviente 352

Sterio (D. M.).—De la nulidad de las obligaciones 398

Charrín (D. A.).—Término del albaceazgo. Consulta 431

Rojas (D. N.).—Registro civil de las personas..... 455

III.—Derecho mercantil.

Font y Viñals (D. R.).—¿La ley Hipotecaria Naval, ha derogado en todo ó en parte el art. 580 del Código de Comercio? 35

Páginas.

Estagén (D. P.).—Cuestiones entre socios de una Compañía mercantil..... 263

IV.—Derecho notarial.

Méndez Plaza (D. S.).—Calificación de los documentos autorizados por los Notarios..... 442

V.—Derecho internacional público y privado.

Fiore (D. P.).—La compraventa en el derecho internacional.... 417

VI.—Derecho político y administrativo.

Sánchez Diezma (D. J.).—El principio de representación..... 5

Posada (D. A.).—La codificación del derecho administrativo... 439

Ríos y Balsera (D. F.) y **Souto** (D. J.).—Legislación del Impuesto de Derechos reales.—Contestación á las preguntas 1.ª á 40 del Programa de oposiciones á Registros de la propiedad..... 484

VII.—Derecho penal.

Mortara (D. A.).—La conmutación de las penas, estudiada en el derecho y en las legislaciones..... 47 y 322

Romero de Tejada (D. J. G.).—¿Infidelidad ó malversación?.. 107

González del Alba (D. P.).—La imputabilidad ante las escuelas antropológicas..... 154

Lenz.—El anarquismo y el derecho penal..... 204

Dorado (D. P.).—Del derecho penal represivo al preventivo (Ojeada de conjunto sobre la situación actual del derecho penal)..... 256

Gayoso Arias (D. R.).—Sustracción de valores..... 346

Roig (D. E.).—El hurto doméstico y el abuso de confianza..... 393

VIII.—Derecho procesal.

Urbaneja (D. M. C.).—Indivisibilidad de la confesión..... 197

Odriozola (D. E.).—Autoridad del médico alienista en materia criminal..... 200

IX.—Literatura y bibliografía jurídicas.

Páginas.

Morell (D. J.).—Derecho inmobiliario español..... 218
—— Comentarios á la legislación hipotecaria de España y Ultramar..... 222
La Redacción.—Repertorio general de la Legislación y Tratados sobre propiedad industrial..... 224
—— La práctica del Código civil..... 224
—— El anarquismo y los medios de represión..... 416
—— Estudios penitenciarios..... 416
—— Principios de colonización y colonias penales..... 416
—— Historia del Derecho privado de la República Ateniense.... 582
Posada (D. A.).—Tratado de derecho internacional privado.... 410
—— La pace de Vestfaglia..... 412
Santamaría (D. V.).—Escrito presentado por un Letrado del Colegio de Abogados de Sevilla, impugnando la tasación de costas hecha por un actuario en juicio ejecutivo..... 223
—— Nociones de derecho usual español..... 412
—— Discurso leído por D. Juan J. Permanyer en la sesión inaugural de la Academia de Jurisprudencia y Legislación..... 413
—— Acta de la sesión pública inaugural del curso de 1895-96 en la Academia y Laboratorio de Ciencias médicas de Cataluña..... 415
—— Privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas otorgadas por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España desde el siglo XIII hasta fin del XVII..... 585
Dorado (D. P.).—Ensayo de una introducción al estudio del Derecho mercantil..... 585
Sela (D. A.).—Bases de una legislación sobre extraterritorialidad. 222
Bernaldo de Quirós (D. C.).—¿Por qué no hay pleitos?..... 587
—— Reforma de la ortografía castellana..... 588
—— Manual del Procurador..... 588

X.—Variedades.

Corrales y Sánchez (D. Enrique).—Revista hispano-americana..... 196 y 388
Vida (D. J.).—Revista de la prensa jurídica extranjera.. 204 y 398

Stanford Law Library
3 6105 06 027 029 0